Göttinger Juristische Schriften

Werner Heun und Volker Lipp (Hg.)

Europäisierung des Rechts

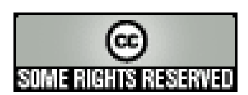
Deutsch-Ungarisches Kolloquium
Budapest 2007



Universitätsverlag Göttingen

Werner Heun und Volker Lipp (Hg.)

Europäisierung des Rechts



Erschienen als Band 5 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2008

Werner Heun und Volker Lipp (Hg.)

Europäisierung des Rechts

Deutsch-Ungarisches Kolloquium
Budapest 2007

Göttinger Juristische Schriften,
Band 5



Universitätsverlag Göttingen
2008

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Gefördert durch die
Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit, Bonn

Herausgeber der Reihe
Juristische Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
D-37073 Göttingen
http://jura.uni-goettingen.de

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-940344-45-8
ISSN: 1864-2128

Vorwort

Am 8. und 9. Oktober 2007 fand in Budapest ein Deutsch-Ungarisches Kolloquium über die Europäisierung des Rechts statt, das die Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaften der Eötvös Loránd Universität Budapest, die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen und die Stiftung Budapester Forum für Europa gemeinsam veranstalteten. Das Kolloquium wurde von der Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit, Bonn, gefördert.

Das gemeinsame Kolloquium ist Ausdruck der langjährigen Kooperation und des Austausches zwischen den beiden Fakultäten auf dem Gebiet der Forschung wie auch der Lehre, die unter anderem zur Gründung der Deutschen Rechtsschule Budapest geführt hat.

Das Thema der Europäisierung, das Ungarn und Deutschland gleichermaßen betrifft, wird von den Referaten des Kolloquiums aus rechtshistorischer, zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Perspektive beleuchtet. Die tiefgreifenden Auswirkungen auf die deutsche wie die ungarische Rechtsordnung werden in zahlreichen Facetten verdeutlicht und dadurch in ihrer ganzen Vielfalt plastisch erhellt.

Wir freuen uns, die Vorträge dieses Kolloquiums in der Schriftenreihe der Göttinger Juristischen Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich machen zu können. Unser Dank gilt den Referenten, den beiden Fakultäten und nicht zuletzt der Stiftung Budapester Forum für Europa und der IRZ-Stiftung, ohne deren Unterstützung dieses Kolloquium nicht denkbar gewesen wäre.

Werner Heun Volker Lipp

Inhaltsverzeichnis

Ungarische Rechtsgeschichte – Europäische Rechtsgeschichte

Barna Mezey.....11

Europäisierung des Vertragsrechts

Christiane C. Wendehorst.....29

Über die ungarische Privatrechtskodifikation

Lajos Vékás.....45

Über die Zukunft der Unmöglichkeit im europäischen und ungarischen Zivilrecht

Zoltán Csehi.....59

Reform des Gesellschaftsrechts in Europa und Deutschland – Amerikanisierung des Wirtschaftsrechts?

Gerald Spindler.....79

Die Auswirkung des Gemeinschaftsrechts auf die Regelung des Sitzes von Gesellschaften

László Burián.....95

Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums

Renate Schaub 107

Europäisierung des Mahnverfahrens

Martin Ahrens 125

Die Europäisierung des Scheidungsverfahrens

Volker Lipp 145

Ansätze eines einheitlichen europäischen Erkenntnisverfahrens – Kritische Anmerkungen zur „EU-Bagatell-Verordnung“

István Varga 161

Verfassungsgarantien und internationale Herausforderungen: eine Aufgabe für alle Staatsgewalten

Pál Sonnevend 171

Die Tendenzen des ungarischen Wirtschaftsverfassungsrechts – eine Kritik an der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts

Attila Vincze 181

Französische und deutsche Einflüsse auf das europäische Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht

Volkmar Götz 191

Europäisierung des ungarischen Verwaltungsverfahrensrechts

Krisztina Rozsnyai *199*

Europäisierung des Verbraucherschutz- und Lebensmittelrechts

Ines Härtel *213*

Die Europäisierung des Verbraucherschutzes durch das Lebensmittelrecht

Mihály Kurucz *237*

Die Europäisierung der Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote – Probleme und Perspektiven

Werner Heun *259*

Europäisierung und die Souveränität des Staates

Péter Szilágyi *281*

Verzeichnis der Teilnehmer am Deutsch-Ungarischen Kolloquium *289*

Ungarische Rechtsgeschichte – Europäische Rechtsgeschichte

Barna Mezey

Mit der christlichen Staatsorganisation im Jahre 1000 begann auch im Rechtsleben des ungarischen Volkes ein neuer Abschnitt. Das neue politische System, das berufen war, die frühere nomadische Stammesordnung abzulösen, ging nicht nur mit einer Änderung der Machtsituation und Herrschaftsverhältnisse einher, sondern führte auch zu einer Veränderung der Gewohnheiten und Regeln des Alltags. Die neue Macht wollte nicht nur die politische Gewalt in die eigenen Hände nehmen, sondern auch der Ideologie ihrer Verbündeten, der katholischen Kirche, entsprechende Regelungen in den Gemeinschaften der freien Ungarn einführen. Problematischer als die Formulierung und der Erlass entsprechender Regeln gestaltete sich jedoch deren Durchsetzung. Ebenso wie die Stammesführer, die sich den politischen Änderungen nicht ergeben wollten, konnten auch die Gemeinschaften der freien Ungarn die Geschehnisse nicht schlicht hinnehmen[1]. Die Staats- und Rechtsgründungstätigkeit des Königs *Stephan I.* (des Heiligen), der den christlichen Staatsaufbau eingebürgert hat, war nicht einfach ein politischer Machtwechsel. Es ging um eine grundlegende Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse, mit allen ihren rechtlichen Folgen[2]. Sowohl die neue Macht als auch die alte Ordnung hatten viele Anhänger; Interessen- und Machtgruppen stemmten sich gegeneinander. Militärische Siege waren jedoch nicht gleichbedeutend mit der Übernahme der

[1] *Lajos Rácz*, A historical insight in the theory and organization of the Hungarian state, in: A. Gergely/G. Máthé (Ed.), The Hungarian State (Thousand Years in Europe), Budapest 2000, S. 17.

[2] *Gyula Kristó*, A magyar állam megszületése (Die Geburt des ungarischen Staates), Szeged 1995, S. 317.

jeweiligen Stellungen in der Stammesordnung. Gefestigt durch die Anhänger der alten Ordnung blieb es auf dem Gebiet der Gewohnheiten, der Sippen- und Stammesordnung und des herkömmlichen Rechts am längsten beim Hergebrachten. Lange Zeit lebte das alte Normensystem neben den neuen Normen fort, und schließlich ging es nicht unter, sondern wurde in das mittelalterliche Recht „eingeschmolzen". Im mittelalterlichen ungarischen Recht existierten also zwei, voneinander gut abzugrenzende Normengruppen dauerhaft nebeneinander: die Regeln des althergebrachten Rechts und das vom Machtzentrum gesetzte neue Recht. Erstere waren das Symbol des Alten und der Traditionen, während das neue königliche Recht die gesellschaftlichen, politischen und rechtlichen Konstruktionen des christlichen Europa verwirklichte[3].

Die ungarische Rechtsentwicklung wich in mehrerlei Hinsicht von der westeuropäischen ab: Auf dem Gebiet des ungarischen Königreichs genossen die zurückgebliebenen Völker des ehemaligen Römischen Reichs ihr altes Recht weiterhin. Dadurch konnten sie gewisse Elemente des Römischen Rechts – wenn auch nur auf der Ebene des Gewohnheitsrechts – unmittelbar bewahren und schließlich eine Art Verschmelzung mit dem „barbarischen" Recht sichern[4]. Außerdem fehlte die für (das westliche) Europa so typische organische Entwicklung, in deren Verlauf die Trias von Gesellschaft, Staat und Kirche die neuen Verhältnisse von Anfang an gestaltete bzw. ihrer Entwicklung freien Lauf ließ. Jene in Westeuropa erfolgende organische Entwicklung war eine geschichtliche Gegebenheit, die unvergleichlich mehr Harmonie und Konsensmöglichkeiten für die Gestaltung der Gesellschaft gewährte[5]. Im Falle Ungarns traf ein noch voll intaktes und kräftiges, auf der Blutsverwandtschaft beruhendes Normensystem mit dem mittelalterlichen christlichen Rechtssystem zusammen, das sich ebenfalls in der Phase einer dynamischen, expansiven Entwicklung befand und im westlichen Teil Europas entstand. Was in den westlichen Gesellschaften als ein Normensystem des täglichen Bedarfs entstand, verkörperte in Ungarn den königlichen Willen. Während die Ideologie und das rechtliche Normensystem westlich vom Karpatenbecken durch eine Jahrhunderte alte Symbiose von Gesellschaft und Kirche gestaltet wurden, waren im Karpatenbecken die westlich geprägte Ideologie, die Politik, das Recht, die Kirche und das Christentum Erscheinungen, die durch den politischen Willen beschlossen und eingeführt wurden[6].

---

[3] *Barna Mezey* (Hrsg.), Magyar jogtörténet (Ungarische Rechtsgeschichte), Budapest 2007, S. 22.

[4] *József Illés*, Bevezetés a magyar jog történetébe. A források története (Einführung in die Geschichte des ungarischen Rechtes. Die Geschichte der Quellen), Budapest 1910, S. 232.

[5] *Jenő Szűcs*, Vázlat Európa három történeti régiójáról (Ein Grundriss über drei geschichtliche Regionen Europas), Budapest 1983, S. 60; *Domokos Kosáry*, Az európai fejlődési modell és Magyarország. (Das europäische Entwicklungsmodell und Ungarn), in: A történelem veszedelmei (Die Gefahr der Geschichte), Budapest 1987, S. 11.

[6] *Andor Csizmadia/Kálmán Kovács/László Asztalos*, Magyra állam- és jogtörténet (Ungarische Staats- und Rechtsgeschichte), Budapest 1975, S. 57.

Gegen diesen gewaltsamen Auftritt der Politik und ihre Einmischung in das Rechtsleben konnte man sich in erster Linie hinter den Schanzen der alten Traditionen wehren. Gewisse Schranken für das westliche Lehnrecht und das kanonische Recht konnten nur die alten Traditionen bilden. Die dominierende Rolle des Gewohnheitsrechts kann vor allem auf diesen Umstand zurückgeführt werden. Die consuetudo wurde zum wichtigsten Mittel der Grundbesitzer, Landesherren, Städte und der anderen privilegierten Gemeinschaften, wie auch der unterschiedlichsten Körperschaften im Kampf gegen die königliche Macht. Tradition und neue Interessen, althergebrachtes und feudalistisches Recht trafen also aufeinander, der consuetudo wurde der unbestreitbare Vorrang im mittelalterlichen ungarischen Staat eingeräumt. Das Gesetzesrecht konnte seine Emanzipation erst zum 19. Jahrhundert erreichen, am Ende eines mühsamen Kampfprozesses. Bis dahin lebte die These der Kraft des Gewohnheitsrechts zur Gesetzesauslegung weiter und konnte nicht infrage gestellt werden. In diesem Sinne zitiert auch *Andor Csizmadia* den Bischof von Neutra (Nyitra), *Zacharias Mosóczy*, der selbst an der Rechtsprechung des Landes mitwirkte und häufig mit der Unentschlossenheit des Landesrechts konfrontiert wurde. Entsetzt erwähnte *Mosóczy* danach die unzähligen ausgelegten und umgedeuteten Varianten des geschriebenen Rechts. Noch im 16. und 17. Jahrhundert war es keine Seltenheit, dass bei der gewohnheitsrechtlichen Auslegung eines einzigen Gesetzes ein Dutzend Textvarianten vorzufinden war. Auch die Inkonsequenz der königlichen Dekrete (und später der den politischen Aktualitäten häufig zum Opfer gefallenen Artikel) war für die Rechtseinheit und -entwicklung selbstverständlich nicht von Vorteil. Nicht nur die Herrscher waren es, die sich ihren Vorfahren im Zeichen der neuen, von der alten politischen Auffassung von Grund auf verschiedenen Auffassung widersetzten, sondern es kam auch häufig vor, dass der gleiche Gesetzgeber Normen erließ, die seine eigenen Dekrete sinnlos machten oder diesen widersprachen.

Die Kennzeichen des Gewohnheitsrechts sind zugleich Kennzeichen des Feudalismus und später auch der ständischen Gesellschaft: die gebietsmäßige, institutionelle und gesellschaftliche Zersplitterung. In den verschiedenen Landesteilen, Ländereien, Städten, Komitaten und Kreisen bzw. in den dazu gehörenden Teilen gestaltete sich die rechtliche Regelung unterschiedlich. *István Werbőczi* unternahm den Versuch, diese Regelungen in seinem Tripartitum[7] [1517] zu vereinheitlichen. Die miteinander häufig in starkem Gegensatz stehenden oder jedenfalls erheblich unterschiedlichen Lösungen, also der rechtliche Partikularismus, verursachte(n) Rechtsunsicherheit auf der Ebene des Landesrechts. Dieses Problem kam zur Zeit der Jahrhundertwende vom 15. zum 16. Jahrhundert besonders deutlich zum Ausdruck, und zwar aus Sicht des zentralisierenden Staates. Der moderne, zentralisierende Staat litt immer mehr unter der fehlenden Rechtseinheit, und infolge der

[7] Tripartitum opus juris consuetudinarii inclyti Regni Hungariae per magistrum Stephanum de Werbewecz personalis praesentiae Regiae Majestati locum tenentem: accuratissime editum, in: Werbőczi Hármaskönyve, Budapest 1989.

Stärkung des gesetzten Rechts, der Verbreitung der Schriftlichkeit, des Ausbaus der Gebietsverwaltung kamen die Auswirkungen der fehlenden Rechtssicherheit immer deutlicher zum Vorschein.

Die gebietsmäßige Zersplitterung wurde durch einen Partikularismus im gesellschaftlichen Sinne noch vervielfacht. Die gesellschaftlichen Gruppen, Gemeinschaften und Einzelpersonen des gleichen Gebiets gelangten in besondere Positionen im Vergleich zu anderen, sie erwarben Privilegien und erreichten die Durchsetzung ihrer Sonderrechte. Das Recht multiplizierte sich auch nach gesellschaftlichen Gruppen, Schichten und Ständen. Angesichts dessen ist es natürlich, dass eine Rechtsgleichheit im modernen Sinne vom mittelalterlichen Recht nicht verlangt werden konnte: Die Rechtsungleichheit war der natürliche Zustand. Die aus den Stammeszeiten, aus dem herkömmlichen Recht übernommene Regelgruppe, welche die Grundlage des Gewohnheitsrechts bildete, war infolge der Logik und der Systemprinzipien der Blutsgemeinschaften noch sehr ungegliedert. Ihr Aufbau wurde nicht durch Ordnungsprinzipien des Rechts gegliedert, sondern durch die Bedürfnisse des alltäglichen Lebens geschaffen. Privatrechtliche und strafrechtliche (öffentlichrechtliche) Normen waren voneinander nicht getrennt, es gab nur zu lösende Probleme und Streitigkeiten, die zur Zufriedenheit aller abgeschlossen werden mussten. Im Rahmen der Konfliktlösung war unbestimmt, mit welchen Methoden und Mitteln der Erfolg herbeigeführt wurde. Deshalb waren die nach unserem heutigen Verständnis verwaltungs-, straf- und privatrechtlichen Elemente und Institutionen miteinander in einer untrennbaren Einheit verflochten, um das Rechtssystem als ein Ganzes „aufzubauen". Die Verflechtung der öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Institutionen ließ die Unterteilung des Rechts in Rechtszweige nicht zu. Das Recht des Mittelalters war hinsichtlich der Rechtszweige ungeteilt und unteilbar einheitlich, um dann in der Gebietsverteilung und der gesellschaftlichen Schichtung umso differenzierter zu sein. Erst im 17. Jahrhundert lässt sich eine gewisse Änderung beobachten; die Trennung der Straf- von der Zivilgerichtsbarkeit beim Komitatsgerichtshof (sedria) zeugt schon von der Differenzierung der Materien. Diese ungeteilte und stabile Struktur des Rechts verhinderte die Wirkung allgemeiner Rechtsprinzipien im Rechtsleben[8].

Vom beeindruckenden Werk *István Werbőczis* blieben gerade diejenigen Passagen ohne praktische Wirkung, durch die er Prinzipien und Definitionen des römischen Rechts ins ungarische Recht übertragen wollte. Die Positionen der ungarischen consuetudo wurden auch durch die politische Situation gestärkt. Die Habsburger bestiegen den ungarischen Thron, weswegen die Modernisierungsversuche der Wiener Regierung als für die Ungarn fremd, gewaltsam und germanisierend erschienen. Die ungarischen Stände wehrten sich gegen den „deutschen" (d.h. österreichischen) verfassungsmäßigen Angriff, indem sie sich auf das ungarische

[8] *Ferenc Eckhart*, Magyar alkotmány- és jogtörténet (Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte), Budapest 2000, S. 62.

Gewohnheitsrecht stützten. Das bedeutete ein ernsthaftes Hindernis für die Rezeption des vom Westen vordringenden römischen Rechts bzw. für das ius commune, das für die Ungarn als kaiserlich und reichseigen galt. Allerdings übte das deutsche Recht durch die Vermittlung der in großer Zahl vorhandenen deutschsprachigen Bevölkerung in den Städten seit Jahrhunderten einen starken Einfluss auf eine partikulare Zone des ungarischen Rechts, auf das städtische Recht, aus[9].

Die Pflege des Rechts als eine Wissenschaft ließ auch im westlichen Teil Europas jahrhundertelang auf sich warten, obwohl dort die befruchtende Wirkung des römischen Rechts beinahe ungeschwächt vorhanden war und eine mehrfache, explosionsartige Entwicklung der Wirtschaft (und die darauf basierende Differenzierung und Umschichtung der Gesellschaft) Änderungen erzwang. In Ostmitteleuropa fehlten diese Faktoren (eine ständige Universität entstand erst im 17. Jahrhundert, sie hatte einen bescheidenen Wirkungsgrad und stand unter dem Einfluss des Habsburgerreichs)[10]. Den Fortschritt der wissenschaftlichen Tätigkeit ermöglichten erst die Kodifikationsansprüche der aufgeklärten Staatsgewalt, die ihn sogar notwendig machten, aber eine wirklich große Wirkung auf die Gestaltung des Rechts übten erst die großen Denker des 19. Jahrhunderts aus. Es ist also kein Zufall, dass im ungarischen Recht des Mittelalters die Befolgung der wissenschaftlich erarbeiteten Gliederung des Rechts in Rechtszweige großen Schwierigkeiten begegnete. Häufig gelang es nur, gewisse typische Gruppen von Rechtsinstitutionen, die keinem Rechtszweig angehörten, in einen Rahmen zu zwingen. Die Quellen berichten von Umfang und Grenzen der königlichen Macht (Pflichten des Königs, Inauguraldiplom und Krönungseid); gewisse Schriftstücke über die Lehre der Heiligen Krone weisen schon auf einen Übergang ins öffentliche Recht hin, und die Berichte über die Landesversammlungen zeigen schon das Vordringen einer im Entstehen begriffenen ständischen Vertretung. Urkunden und Dekrete zeugen vom Entstehen verschiedener Landeswürden (Palatin, Landesrichter, Landesverweser, Hofrichter), von der Umgestaltung der königlichen Komitate in adelige Komitate, von den Änderungen der gesellschaftlichen Schichten und Gruppen, von Ehe und Familie, von den wichtigsten Vermögensrechten (Donation, Kauf, Pfandbestellung, Tausch, Erbschaft), von Beleidigungen und Verbrechen, von den Formen des Prozessverfahrens. Nach einem System im ungarischen Recht sucht man jedoch vergebens.

Obwohl die Forderung der Rechtssicherheit, die Versuche des Staates, das Recht zu ordnen, und der Wille der ständischen Landtage, das Recht zu bestimmen, gleichermaßen in die Richtung der Zusammenfassung des lebendigen mitte-

[9] *Katalin Gönczi*, Ungarisches Stadtrecht aus europäischer Sicht. Die Stadtrechtsentwicklung im spätmittelalterlichen Ungarn am Beispiel Ofen, 1997, S. 161; *László Blazovich*, Buda város jogkönyve (Ofner Stadtrecht), Szeged 2001, S. 28.

[10] *István Sinkovics*, A nagyszombati egyetem (Universität in Nagyszombat), in: Az Eötvös Loránd Tudományegyetem története 1635-2002 (Geschichte der Eötvös Loránd Universität), Budapest 2003, S. 13.

lalterlichen Rechts zeigten, wurde das Ergebnis erst in der bürgerlichen Zeit sichtbar. Im Zeichen der Rechtsvereinheitlichung entstanden in Ungarn zur Zeit des Übergangs vom Mittelalter zur Neuzeit jahrhundertelang währende Sammlungen: das von *Werbőczi* zusammengefügte Tripartitum und das von Rechtswissenschaftlern zusammengestellte Corpus Juris Hungarici[11]. Für beide ist kennzeichnend (und auch für die Janusköpfigkeit der damaligen zentralen Macht, für die Unsicherheit), dass sie als Ergebnis privater Arbeit Teil des ungarischen Rechts wurden. Das Werk von *Werbőczi*, die Zusammenfassung des ungarischen Gewohnheitsrechts, wurde zwar vom ungarischen Landtag behandelt, der König versah es 1514 sogar mit einer Ratifikationsurkunde, aber die Sanktionierung verweigerte er, so konnte es nicht Teil des gesetzten Rechts werden. Der Gerichtsmeister ließ sein Werk in Wien drucken und verschickte es an die Komitate und Gerichte. Seine besondere Bedeutung zeigt sich darin, dass es in jenen Jahrhunderten zum meist zitierten juristischen Werk wurde und als „Bibel des Adels" bis zur bürgerlichen Umwälzung das bestimmende Werk des ungarischen Rechtslebens blieb. Einige Passagen erlebten sogar das 20. Jahrhundert. Trotz der Landtagsbeschlüsse erschien auch die Sammlung der ungarischen Gesetze nicht als eine offizielle Veröffentlichung, sondern als Privatunternehmen. Der Geschichtsschreiber *Joannes Sambucus* war der Erste, der die Texte der von ihm gesammelten Dekrete 1581 dem historischen Werk von *Bonfini* anhängte. Danach veröffentlichten *Zakariás Mosóczy* und *Miklós Telegdy*, die Bischöfe von Neutra / Nyitra bzw. Fünfkirchen / Pécs, ihre verbesserten und ergänzten Sammlungen (1584). Das Drucken und Verschicken der beglaubigten Gesetzestexte an die Behörden des Landes wurde erst ab 1595 üblich. Die Gesetzessammlung erhielt den Namen Corpus Juris seu decretum generale als sie im Jahre 1696 in der Ausgabe von *Márton Szentiványi* in der Stadt Tyrnau / Nagyszombat veröffentlicht wurde. Zu dieser Zeit handelte es sich schon um eine umfangreiche, von den Richtern regelmäßig benutzte Sammlung, die von Zeit zu Zeit um die Ergebnisse der neueren Rechtssetzung ergänzt und erneut herausgegeben wurde. Die Reputation des Corpus Juris Hungarici ist auch daraus ersichtlich, wie die Wiener Politik versuchte, die von den ungarischen Ständen offensichtlich abgelehnte österreichische gesetzliche Regelung einzubürgern (in gewissen Fällen sogar mit Erfolg): Die in die ungarische Praxis einzuführenden Rechtsnormen (wie das Regulamentum militare von *Maria Theresia*, die Praxis Criminalis von *Ferdinand III.*) wurden ins Lateinische übersetzt und den neueren Ausgaben der Gesetzessammlung einfach beigefügt. Bei einer Gesetzeslücke bedienten sich die ungarischen Richter schlicht und einfach der fremden Normen, und durch ihre Benutzung wurden sie Teil des ungarischen Rechts.

Mit dem Corpus Juris Hungarici wurde im ungarischen Rechtsleben die Gesetzessammlung zur technischen Lösung der Gesetzeszusammenfassung, in der die

[11] *D. Márkus* (Hrsg.), Corpus Iuris Hungarici – Ungarische Gesetzessammlung. Millenniumsausgabe, Budapest 1899.

Dekrete einfach nach dem Zeitpunkt ihrer Herausgabe geordnet abgedruckt waren. Im Herzogtum Siebenbürgen wählte man die Kompilation, d.h., die verschiedenen Teile der Gesetze wurden ohne Ordnungsprinzipien und wissenschaftliche Systematik ausgewählt, ein Teil der gegensätzlichen Regelungen wurde jedoch herausgefiltert. In diesem Geiste wurden die vom Landesfürst *György Rákóczi II.* dem Landtag vorgelegten Approbaten (1652)[12], die auf Anweisung von *Mihály Apafi I.* zusammengestellten Compilaten (1669)[13] sowie die 1744 herausgegebenen Neuen Artikel[14] erstellt.

Die Rechtsentwicklung im 1541 dreigeteilten Ungarn (das Königreich Ungarn in den Händen der Habsburger, der mittlere Landesteil unter Türkenherrschaft und das eine relativ selbstständige Staatlichkeit erhaltende Siebenbürgen) wurde von mehreren Erscheinungen beeinflusst, die dem Recht ein neues Gesicht verliehen und neue Verhältnisse zwischen den verschiedenen Terrains des Rechts schufen. Die Erweiterung des durch das geschriebene Recht abgedeckten Gebiets ist Aufgabe der Rechtskundigen. Solange die Kenner der Theorie des Rechts, die das Recht dynamisch hätten gestalten können, in der Palette der Juristengesellschaft fehlten, hatte das gesetzte Recht ziemlich wenig Chancen dazu. Das 16. Jahrhundert versprach in dieser Hinsicht verheißungsvolle Änderungen. Der im 14. Jahrhundert begonnene Prozess scheint an seinem Höhepunkt angelangt zu sein, und im Ergebnis dessen wurden die Kleriker, die von der Gründung der christlichen Monarchie an als Rechtsverständige des Königs tätig waren, immer mehr in den Hintergrund gedrängt. Eine dynamische Zunahme der Zahl der weltlichen Literaten ermöglichte schon zu Beginn der betrachteten Epoche die Kultivierung und Gestaltung des Rechts durch weltliche Rechtskundige. Im 15. Jahrhundert wurde die organisierte Einstellung von Notaren in den Komitaten institutionalisiert, und das Rechtswissen erstreckte sich im 16. Jahrhundert schon auf breitere Kreise des Bürgertums. Die Notare und die rechtskundigen Schichten, die bei der Kanzlei, bei der Kurie und bei den davon abgespaltenen Organen tätig waren, machten ihre Kenntnisse im Dienste der zentralen Macht nutzbar. Dies ermöglichte zugleich eine allgemeine Verbreitung der Schriftlichkeit des Rechts, was die Rechtssetzungstätigkeit befruchtete[15]. Zwischen den Doktoren und Praktikern des Mittelalters (theoretische und praktische Juristen, politische Diplomaten und Richter) lag – wie auch von *György Bónis* bewiesen – „eine unüberwindbare Trennlinie".

[12] Approbatae Constitutiones Regni Transylvaniae et Partium Hungariae eidem annexarum ex articulis ab anno millesimo quinengesimo quadragesimo ad praesentem huncusque millesimum sexentesimum quinqagesimum tertium conclusis compilatae, in: Markus, Gesetzessammlung (Fn. 11).

[13] Compilatae Constitutiones Regni Transylvaniae et Partium Hungariae eidem annexarum ex articulis ab anno millesimo sexcentesimo quinquagesimo quarto ad paresentem hunc millesimum sexcentesimum sexagesimum nonum conclusis excerptae, in: Markus, Gesetzessammlung (Fn. 11).

[14] Articuli novellares. Articuli diaetales principatus Transylvaniae MDCCXLIV, in: Markus, Gesetzessammlung (Fn. 11).

[15] *György Bónis*, A jogtudó értelmiség a Mohács előtti Magyarországon (Der Juristenstand in Ungarn vor Mohács [1526]), Budapest 1971.

Diejenigen, die das Gewohnheitsrecht gestalteten, kannten – von einigen Ausnahmen abgesehen – die europäischen Rechtssysteme nicht, während diejenigen, die im Besitz von universitären Kenntnissen waren, an der Gestaltung der consuetudo nicht teilnehmen konnten.

Die Erweiterung der Gesetzgebung erhielt durch die Entstehung des ständischen Dualismus einen wichtigen Ansporn[16]. Die Stände, die für sich einen maßgeblichen Anteil an der Macht beanspruchten, wollten das Ansehen der als gemeinsamer Wille erscheinenden Gesetze selbstverständlich erhöhen und die Dekrete, die ihren Interessen dienten, zum bestimmenden Faktor des Rechts machen. Dazu erwies sich das in ständischen Händen befindliche Komitat, das das wichtigste Organ der Durchsetzung der Dekrete war, als ein nützliches Hilfsmittel. Das alles hatte eine sprunghafte Zunahme der Rechtssetzungstätigkeit zur Folge. Ein Landtag folgte auf den anderen (*Maximilian* berief 7, *Rudolf* 15 Landtage ein). Es wurden Hunderte von Gesetzen erlassen, wobei diese Gesetzgebung nicht frei von „Kinderkrankheiten" war. Vieles wiederholte sich, es gab viele undurchsetzbare, naiv formulierte Gesetzestexte, wenig Konzepte, und zahlreiche gegensätzliche Anordnungen wurden in die Texte eingebaut. Teilweise deshalb, aber teilweise auch wegen der uneffizienten Durchsetzung kamen schließlich diejenigen Regeln zur Geltung und wurden zum Teil der Praxis, welche durch die Rechtssetzung des 18. Jahrhunderts „heraufbeschworen", bekräftigt und weiterentwickelt wurden. Aber schließlich gab es eine funktionierende Gesetzgebung, deren Entwicklung im Interesse der Stände lag und deshalb von ihnen auch unterstützt und gefördert wurde.

Die von der ständischen Gesetzgebung gespielte starke politische Rolle rief schon nach kurzer Zeit eine Gegenaktion des Wiener Hofs hervor: In dem Maße, wie sich die ständische Gesetzgebung stabilisierte, erhöhte sich die Neigung der zentralen Regierung, die Landtage zu manipulieren, einzuschränken bzw. auszuklammern. So beriefen *Leopold I.* zwischen 1688 und 1705, also 17 Jahre lang, *Maria Theresia* von 1765 an 15 Jahre lang und *Josef II.* während seiner zehnjährigen Herrschaft jeweils kein einziges Mal den Landtag ein. Nichtsdestotrotz war der ungarische Landtag als Vertreter der Interessen der Stände bis zur bürgerlichen Umwälzung am Ausdruck des staatlichen Willens beteiligt; er schützte die ungarischen (vor allem ständischen) Interessen gegen das unter Habsburgereinfluss stehende Zentrum des Landes; er erhielt die ungarische ständische Monarchie und beschützte sie gegenüber den Germanisierungs- und Integrationsbestrebungen des Wiener Hofs[17].

---

[16] *Lajos Elekes*, A középkori magyar állam története magalapításától a mohácsi bukásáig (Die Geschichte des ungarischen Staates im Mittelalter von der Staatsgründung bis zu seinem Zusammenbruch bei Mohács), Budapest 1964, S. 146; *György Bónis*, Hűbériség és rendiség a középkori magyar jogban (Lehnwesen und Ständewesen in dem mittelalterlichen ungarischen Recht), Kolozsvár o.J., S. 521.

[17] *M. István Szíjártó*, A Diéta. A magyar rendek és az országgyűlés (Das Diaeta. Die ungarischen Stände und die Ständeversammlung), Budapest 2005.

Eine Stärkung des Gesetzesrechts brachten die Freiheitskämpfe und Unabhängigkeitsbewegungen, welche das geschriebene Recht (Dekrete, Patente) zum Ausdruck des unmittelbaren politischen Willens – gerade auch bei der Notwendigkeit schneller Änderungen – offensichtlich für viel geeigneter hielten als die Möglichkeiten des Gewohnheitsrechts. Auch die Selbstständigkeit Siebenbürgens erforderte eine Regelung durch Dekrete. Die Aufstellung der Rahmenbedingungen für die am historischen Maßstab gemessen plötzlich entstandene Staatlichkeit konnte mit den Mitteln der consuetudo nicht bewirkt werden. Mit den Beschlüssen des Landtags zu Schässburg / Segesvár 1540 nahm die Geschichte der unabhängigen Gesetzgebung Siebenbürgens ihren Anfang[18].

Ungarn hatte bis 1919 keine Verfassung im heutigen Sinne (keine geschriebene, sog. chartale Verfassung). Im Laufe der ständischen Bewegungen entstand aber der Begriff der sog. fundamentalen Gesetze, die den Rahmen der historischen Verfassung absteckten[19]. Der Ausdruck „Verfassung" tauchte – vielleicht nicht zufällig – im Gesetzesartikel 1791:10. auf, der die Vorrechte der Adeligen (erneut) bekräftigte. Der Kreis der auf den im Gesetzesartikel 1741:8. formulierten fundamentalen Rechten beruhenden grundsätzlichen Gesetze wurde zwar offiziell nicht festgelegt, in der Öffentlichkeit gab es über sie jedoch ein ziemlich eindeutiges Bild. Wie es *István Széchenyi* zusammenfasste, hielt man für unbedingt zu diesem Kreis gehörend den sog. Urvertrag, die Goldene Bulle, den Krönungseid, das Inaugurationsdiplom, den Frieden von Wien und von Linz, die Pragmatische Sanktion, die öffentlichrechtlichen Gesetze von 1791 sowie die Gesetze über die Religionsfreiheit und über die Sprache.

Eine wesentliche Neuerung des 18. Jahrhunderts besteht in dem Bedarf nach der Regelung durch Verordnungen, der sich mit dem Absolutismus und seiner aufgeklärten Variante verbreitete. Um den Widerstand der ständischen Kräfte zu umgehen, nahm die Wiener Regierung Regelungen viel lieber durch „Patente" wahr, die den Landtag ausschalteten, ausschließlich von den Regierungskreisen abhingen und durch den Verwaltungsapparat durchgesetzt wurden. Die Verordnungen über die wichtigsten Gebiete der verfassungsmäßigen Ordnung und des gesellschaftlichen Lebens wurden trotz starker Proteste seitens der ungarischen Stände Teil des geltenden Rechts, und mit Ausnahme der zurückgenommenen Patente von *Josef II.* hatten sie auch langfristige Wirkungen (vgl. die Explanatio Leopoldina von 1691 zur Regelung der verfassungsmäßigen Zustände in Siebenbürgen, die Resolutio Carolina (1732) zur Regelung des Religionswesens, das Urbarium (1767), die Ratio Educationis (1777) zur Zusammenfassung der Vorschrif-

[18] *Zsolt Trócsányi*, Az Erdélyi fejedelemség korának országgyűlései (Die Ständeversammlungen in der Zeit des Fürstentums Siebenbürgen), Budapest 1976.

[19] *József Hajnóczy*, Magyarország országgyűléséről és annak szervezetéről szóló közjogi értekezés (Eine öffentlichrechtliche Abhandlung über die Ständeversammlung Ungarns und über ihre Organisation), in: C. Andor (Hrsg.), Hajnóczy József közjogi – politikai munkái (Öffentlichrechtliche – politische Werke von József Hajnóczy), Budapest 1958.

ten über das Unterrichtswesen, den Ordo Judiciarius (1769) zur Festlegung der Rechtsprechung, den Ordo Criminalis (1787) über den Strafprozess usw.). Im Gesetzesartikel 1791:12. ließen sich die Stände schließlich aber von *Leopold II.* versprechen, das Land nie wieder durch Verordnungen zu regieren.

Im Zusammenhang mit diesen Tendenzen können in der Entwicklung der ungarischen Rechtssetzung des 16. bis 19. Jahrhunderts gut voneinander abgrenzbare Abschnitte nachgewiesen werden:

Das 16. Jahrhundert war die große Zeit der Systematisierung. Es wurden außer dem Tripartitum von *Werbőczi* auch das zu dessen Modifizierung bestimmte Quadripartitum (1553) sowie die Kameralrechtsartikel zur endgültigen Zusammenfassung des Privatrechts der Kameralstädte (1587, 1596) erstellt. Ferner wurde – wie bereits ausgeführt – die Herausgabe von Sammlungen der ungarischen Gesetze üblich.

Das darauf folgende Jahrhundert war geprägt vom Vormarsch der Rechtssetzung. Es war die Epoche der Expansion einer immer umfassenderen ständischen Vertretung, welche nur durch die absolutistische Herrschaft *Leopolds* eingedämmt werden konnte. So sanktionierte *Matthias II.* während seiner elfjährigen Herrschaft 247 von vier Landtagen (1608, 1609, 1613, 1618) beschlossene Gesetzesartikel, *Ferdinand II.* (1619-1637) erließ ebenfalls vier Dekrete, die insgesamt 286 Artikel enthielten.

Es ist jedoch nicht zu vergessen, dass das Gesetz geraume Zeit lang nur ein Beschluss war, der die Ergebnisse der politischen Gefechte im Landtag verewigte. Die Vertreter einer fremden Dynastie kämpften im Landtag ununterbrochen mit den Vertretern der ungarischen Stände, und um ihre Positionen zu festigen, wollten sie die Entscheidungen immer in Gesetzesform gefasst sehen. Die ungarische Seite stemmte sich auf dem Boden der ständischen Verfassungsmäßigkeit und der Rechtskontinuität gegen die Angriffe „von Außen“. Im Ergebnis fielen die Modernisierungsbestrebungen und die Versuche zur Institutionalisierung des ius commune diesem Kampf häufig zum Opfer. Der (aufgeklärte) Wiener Absolutismus drängte zwar die Gesetzgebung in den Hintergrund, reduzierte aber nicht die Rechtssetzung. An die Stelle der Gesetze trat die Regelung durch Verordnungen; die fallweise, kasuistische Regelung wurde durch eine konzeptionelle Rechtssetzungstätigkeit abgelöst. Die Konkurrenz zwischen der Regelung durch Gesetzesrecht und derjenigen durch Patente war ein Ergebnis der Entstehung des modernen Staates, wobei auf der einen Seite der politische Wille des Habsburgischen Absolutismus stand, den Staat zu modernisieren und zugleich zu vereinheitlichen, und auf der anderen Seite die Verteidigungsmechanismen der Stände zu finden waren. In diesem Kontext der Modernisierungsversuche entstand nunmehr auch das Bedürfnis nach Kodifikation (Rechtssetzung, die ein Rechtsgebiet durch systematische Regelung, auf prinzipiellen Grundlagen, mit dem Anspruch auf wissenschaftliches Definieren und in einem durchschaubaren System abdeckt). Mit der langsamen Entwicklung der Wissenschaftlichkeit kann auch eine allmähliche

Trennung der Rechtszweige beobachtet werden. Davon zeugen eine ganze Reihe von Kodifikationsversuchen, die Erscheinung der von den ungarischen Landtagen erarbeiteten Gesetzbücher und der durch Verordnung eingeführten (oder zur Anwendung empfohlen) österreichischen Kodexe in der juristischen Praxis[20].

Darauf folgte die große Modernisierungswelle der Reformzeit: der Ausbau der Institute des bürgerlichen Zivilrechts, die Verstärkung der Kapitalwirtschaft und schließlich die Einführung der umwälzenden Rechtsnormen des Jahres 1848, die eine verfassungsmäßige Revolution brachten – das alles waren Kennzeichen der dynamischen, zugleich aber auch traditionellen ungarischen Rechtsentwicklung[21]. Das revolutionäre 19. Jahrhundert brachte dann den vollkommenen Sieg der Rechtssetzung; die liberale Rechtsentwicklung fasste in Europa Fuß. Die Gesetzgebung im Zweikammersystem bewies ihre Schaffenskraft und Lebensfähigkeit, denn sie wickelte die bürgerliche Umwälzung von 1848 im verfassungsmäßigen Rahmen ab und baute statt der für Revolutionen charakteristischen Straßenbewegungen und des revolutionären Terrors auf der traditionellen Struktur auf. Sie bildete das Parlament der Reformbewegungen im Landtag, welche die verfassungsmäßigen Vorschriften der Zeit weitgehend berücksichtigten, das Parlament der Verfassunggebung im Rahmen der Rechtssetzung der Reformzeit und das Parlament eines bürgerlichen Staates.

In den anderthalb Jahrzehnten nach Niederschlagung des Freiheitskampfes von 1848/49 harrte ein Ungarn mit suspendierter Souveränität eines besseren Schicksals. Insbesondere die elf Jahre vom Herbst 1849 bis Juli 1860 sind in jeglicher Hinsicht – Politik, Verwaltung, Wirtschaft und Kirchen betreffend – als „Suspension" zu betrachten, denn weder der Landtag noch die ungarische Regierung oder Verfassung, noch die ungarischen Gesetze und die darauf aufbauende Rechtsprechung funktionierten. An ihre Stelle traten stellvertretend für die früheren, zwar hin und wieder nicht vollkommenen, aber immerhin auf einer verfassungsmäßigen Grundlage beruhenden Staatsfunktionen anfangs die Reichsverfassung, nach ihrer Rücknahme die österreichischen Gesetze und Wirtschaftsvorschriften, die zivil- und strafrechtlichen Corpora und die vollkommen – zwar nur auf den höchsten Ebenen der Verwaltung durchgesetzte – zentralisierte Verwaltung.

Die sieben Jahre nach 1860, bis zum österreichisch-ungarischen Ausgleich, mögen zwar am Chronometer der Geschichte als ein zu vernachlässigender, kurzer Augenblick erscheinen, aber für das Ungarn des 19. Jahrhunderts bedeuteten sie die spannendste Zeit, die entscheidend war für die Zukunft des ganzen Landes.

---

[20] Vgl. *Barna Mezey/Kinga Beliznai Bódi* (Hrsg.), Strafrechtskodifikation im 18. und 19. Jahrhundert. Rechtsgeschichtliche Abhandlungen Bd. 21, Budapest 1997; *Barna Mezey* (Hrsg.), Strafrechtsgeschichte an der Grenze des nächsten Jahrtausends. Rechtsgeschichtliche Abhandlungen Bd. 27, Budapest 2003, S. 110.

[21] *József Ruszoly*, Eine neue Verfassung für Ungarn, in: G. Máthé (Hrsg.), Die Elemente der ungarischen Verfassungsentwicklung. Studien zum Millennium, Budapest 2000.

Für die von den Zeitgenossen als „Neoabsolutismus“ titulierte achtzehnjährige Phase zwischen 1849 und 1867 waren außerordentlich viele Gedankenbekundungen, politische Bestrebungen sowie vielfältige theoretische und praktische Versuche kennzeichnend, sowohl seitens der führenden Persönlichkeiten des österreichischen Reichs (des Kaisers und seiner Minister) als auch seitens der ungarischen Politiker. Vor 1860 vermochten allerdings ausschließlich die Reichspolitiker ihre Vorstellungen durchzusetzen, die Ungarn erledigten lediglich Schreibtischarbeiten. Nach Veröffentlichung des Oktoberdiploms 1860 löste sich diese Einseitigkeit allmählich auf, und auch den ungarischen Vorstellungen kam – wenn auch ziemlich zögerlich und von Widersprüchlichkeiten geprägt – eine immer wichtigere Rolle zu[22]. Bei Betrachtung der Jahre der Diktatur aus der Sicht des öffentlichen Rechts und der ungarischen Verfassungsmäßigkeit kann nur von einer Katastrophe der ungarischen Staatlichkeit gesprochen werden. Die am 4. März 1849 verkündete Reichsverfassung zählte Ungarn zu den Kronländern der Monarchie und betrachtete das ganze Reich als ein ungeteiltes Zoll- und Handelsgebiet. Der wichtigste Unterschied zwischen dem Text der Verfassung und der später zur Geltung gelangten Praxis bestand darin, dass die Verfassung deklarierte, es gebe nur ein einziges, allgemeines Reichszivilrecht und alle Reichsbürger seien gleich und gleichberechtigt und hätten ein Recht zur Aufrechterhaltung und Pflege ihrer eigenen Nationalität. In der Wirklichkeit aber unternahm die konservative Beamtenschicht – obwohl in der verabschiedeten und verkündeten Verfassung der liberale Gedanke obsiegte – alles, um den konservativen Ideen wieder zur Macht zu verhelfen. In der Reichsverfassung stand auch geschrieben, dass die einzelnen Länder jeweils ihre eigene Verfassung bekommen werden. Die althergebrachte Verfassung des Königreichs Ungarn hätte in Kraft bleiben können, nur die mit der Reichsverfassung nicht im Einklang stehenden Bestimmungen hätten ihre Geltung verloren. Der große Widerspruch zwischen den liberalen Gedanken der Verfassung und der Praxis ist dort augenfällig, wo festgehalten wurde, dass die Exekutive im ganzen Reich einheitlich und unteilbar sei und ausschließlich dem Kaiser zustehe. In Ungarn wurde vom Verfassungskonzept letztlich nur diese einzige These restlos umgesetzt. Dieses konservative, reaktionäre Streben nach dem Primat kann in ausgewählten Zitaten ebenso verfolgt werden wie in den Textänderungen der dargestellten Rechtsmaterialien. In einem Land, das seiner Gesetze beraubt wurde, konnte man die Rebellen nur durch offene Befehle, durch Einführung des Standrechts und durch Verordnungen bezwingen. Erst zum Ende der 1860er Jahre gelangte man zu den Diplomen und Patenten, deren Ton moderater war und den Schein des gemeinsamen Willens durchschimmern ließ.

Bis dahin aber stellten die in der ungarischen Politik nach der Niederlage des Freiheitskampfes zu Wort kommenden konservativen Kräfte den Zentralismus und den Absolutismus in den Vordergrund. Sie verkündeten offen, dass der Auf-

[22] *Mezey,* Rechtsgeschichte (Fn. 3).

ruhr den ganzen ungarischen Adel „verschluckt" habe und als Stütze für die Regierung nur die Armee, das Beamtentum und die Kirche blieben. Sie taten alles, um eine noch abhängigere und deshalb treuere administrative Schicht, eine noch zuverlässigere Armee und einen dem Herrscher treuen Klerus zu schaffen. Das Schicksal Ungarns wurde durch die Aufstellung des Reichsrats am 13. April 1851 erheblich beeinflusst, denn er übernahm die Führungsrolle über den Ministerien. Der Kaiser hob die ministerielle Verantwortung auf und stellte die Umsetzung der Verfassung zur Disposition. Die Kommission zur Prüfung der Verfassung verwarf alle Reformgedanken, und es war kein Zufall, dass *Franz Josef* die Charta am 31. Dezember 1851 zurücknahm. Nach den neuen Grundsätzen war die Monarchie unteilbar, mangels Verfassung gab es auch kein öffentliches Recht, sondern nur die Verwaltungsanordnungen. Ein neues Verwaltungssystem wurde aufgebaut: Über den Gemeinden standen die Bezirksämter, bei denen die verschiedensten Zweige der Verwaltung vereinigt wurden, darüber standen Kreisbehörden (Komitate) und eine weitere Stufe höher die Landesbehörden. In den Bezirksämtern wurde die erstinstanzliche Gerichtsbarkeit vereinheitlicht. Zu ihren Aufgaben gehörten die Zivilsachen, die Ermittlungen bei bestimmten Ordnungswidrigkeiten und Vergehen sowie die Unterstützung der Strafgerichtsbarkeit. Die Verfahren waren nicht öffentlich, Schwurgerichte bestanden nicht. Sowohl in Zivilsachen als auch bei den Strafprozessen war die Anwendung der österreichischen Gesetze Pflicht[23].

Dieses Land, das seiner Souveränität verlustig gegangen war, hatte von der Diktatur jedoch nicht nur Nachteile. Die Regierung des Absolutismus widersetzte sich zwar der Revolution, trat aber deren Erbe doch an. Gewollt oder ungewollt setzte sie einige Errungenschaften der Revolution (notwendigerweise) durch und bezeugte dadurch für die Nachwelt, dass eine Anpassung an den Zeitgeist, die herrschende ideologische Ansicht, und die Einführung einer verbürgerlichten Gesellschaft in Ostmitteleuropa auch für ein gänzlich zentralisiertes System unumgänglich waren. Zu dieser Zeit wurden die Grundlagen der bürgerlichen politischen Macht ausgebaut. Die Privilegien des Adels und der Frondienst wurden aufgehoben, die Leibeigenen tatsächlich befreit, die allgemeine Steuerpflicht wurde eingeführt, mit der Schaffung der Grundlagen für ein modernes Grundbuch wurde begonnen, und es wurde der Versuch unternommen, die Verwaltung und die Rechtsprechung voneinander zu trennen. Im Strafrecht wurde die Idee der Freiheitsstrafe adaptiert, und im Zivilrecht gelangten die europäischen Normen des Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung. Die überwiegende Mehrheit dieser Rechtsnormen blieb auch später in Kraft. Wenn auch einige dieser Bestimmungen vernichtet wurden, musste man nicht lange darauf warten, bis diese in der Rechtssetzung des Dualismus nach dem österreichisch-

[23] *György Bónis/Endre Varga/Alajos Degré*, A magyar bírósági szervezet és perjog története (Die Geschichte der ungarischen Gerichtsbarkeit und ihrer Organisation, Zalaegerszeg 1996, S. 204.

ungarischen Ausgleich (1867) wieder auftauchten, nunmehr aber als ungarische Institutionen. Diese Rechtsvorschriften und Maßnahmen spielten eine immense Rolle in dem Prozess, durch den im Ungarn nach dem Ausgleich innerhalb weniger Jahre ein politisches System sowie ein Verwaltungssystem ausgebaut werden konnte, das auf dem bürgerlichen Wertesystem beruhte und liberale Gedanken umsetzte. Die durch die „bürgerliche Diktatur" der Verwaltung und der Rechtsprechung des Landes aufgezwungene Modernisierung wurde zur Wiege des ungarischen bürgerlichen Staates. Es war offensichtlich, dass auch das Reich nicht daran interessiert war, die ungarische Gesellschaft in den feudalen Verhältnissen zu konservieren. Im Gegenteil war die Macht daran interessiert, dass die Verbürgerlichung auch in Ungarn vonstatten geht und im Rahmen des bürgerlichen und des Handelsrechts die Kapitalisierung umgesetzt wird, damit Ungarn für das Reich nicht zum „Knüppel zwischen den Beinen", sondern eher zu einer Stütze wird. Von der öffentlichrechtlichen Frage wollte Wien aber nicht einmal Notiz nehmen: Verfassungsmäßigkeit und ungarische Staatssouveränität waren für die kaiserlichen Politiker rote Tücher[24].

Das alles waren Ursachen und Grundbedingungen für die langwierigen Verhandlungen, für das sieben Jahre dauernde politische Hin und Her, für das Vegetieren des wiederhergestellten vorrevolutionären Aufbaus, für das Funktionieren des Statthalterrats und der Kanzlei, die eher nur Karikaturen ihrer Selbst waren, für den aufgelösten Landtag und für die ausgeklammerten Provisorischen Rechtsprechungsregeln[25].

Vor dem 1867 zum Sieg gelangten ungarischen Liberalismus stand die Aufgabe, die bürgerliche Staatsorganisation und das bürgerliche Rechtssystem auszubauen. Als Richtschnur für diesen Prozess galten die Aprilgesetze, welche mit einigen Vorbehalten wegen des Ausgleichskompromisses von Politikern – von *Ferenc Deák* bis *István Tisza* – als Verfassung verehrt wurden. Die Rahmen für die Rechtssetzung wurden durch die allgemeine Steuerpflicht, die Religionsfreiheit, die Pressefreiheit, die Freiheit der Lehre, die Volksvertretung und die ministerielle Verantwortung gesetzt. Während die österreichische Diktatur das Werk des Jahres 1848 im Hinblick auf die Abtragung der ständischen Gesellschaft vollbrachte, wartete auf die Politiker von 1867 die – nunmehr aktive – Durchsetzung und Entwicklung der anderen Hälfte des Gesetzespakets vom April. Die Formulierung der Freiheitsrechte in Rechtsnormen mit Garantiecharakter wurde vollendet (Schutz der persönlichen Freiheit gegen ihren Entzug, Schutz gegen den Missbrauch der vorläufigen Festnahme und der Untersuchungshaft, Festlegung der Voraussetzungen der Einweisung in eine Irrenanstalt, Sicherung des Haus-, Brief-

---

[24] *Barna Mezey* (Hrsg.), Magyar alkotmánytörténet (Ungarische Verfassungsgeschichte), Budapest 2003, S. 254.

[25] Ideiglenes Törvénykezési Szabályok (Provisorische Normen für Gerichtspflege), in: Az Országbírói Értekezlet javaslatai a törvénykezés tárgyában (Entwürfe der Judexkurialkonferenz über die Rechtsprechung), Pest 1861.

und Fernmeldegeheimnisses sowie der Freizügigkeit). Das Antrags- und Beschwerderecht sowie die Rechtsweggarantie wurden in Gesetzen verankert. Die Freiheit der Lehre wurde zum Recht auf Bildung erweitert, und auch das Versammlungs- und das Vereinigungsrecht wurden geregelt. Die wichtigste Forderung im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Freiheitsrechte und der Gleichheit vor dem Gesetz war die Ausgestaltung eines allgemein verständlichen, öffentlichen und durchschaubaren Rechts[26].

In diesem Zuge wurde der klassische bürgerliche Grundsatz der Vorherrschaft der Gesetze anerkannt, der das Parlament als Vertretung des Volkes und höchsten Ausdruck der Souveränität erachtet und demzufolge die Akte des Parlaments als Rechtsquellen der höchsten Ebene ansieht. Diese theoretische und politische Begründung der Reputation der Gesetze brachte einen systematischen Überblick über das ganze System der Rechtsquellen mit sich und schuf die allgemeinen Regeln dazu. Der Vorrang der Gesetze bedeutete zugleich eine untergeordnete Rolle für alle anderen Rechtsquellen; die einem Gesetz näher stehenden Regeln hatten eine stärkere Kraft und einen größeren Wirkungskreis, während den vom Gesetz weiter entfernten Normen eine kleinere Bedeutung zukam. Die Hierarchie der Rechtsquellen folgte der Hierarchie der Staatsorgane: Die von höheren Organen erlassenen Rechtsquellen wurden als höherrangig angesehen. Die Hierarchie der Rechtsquellen brachte die Regel zum Ausdruck, dass die rangniedrigere Norm der ranghöheren nicht widersprechen darf, die ranghöhere Norm die rangniedrigere immer bindet und die rangniedrigen Normen sich immer im Rahmen der ranghöheren Regelungen zu bewegen haben. Eine ranghöhere Rechtsnorm als das Gesetz gab es unter den Rechtsquellen nicht. Da es in Ungarn bis 1919 (nachhaltig bis 1949) keine chartale Verfassung in geschriebener Form, also ein in einem qualifizierten Verfahren erlassenes Grundgesetz gab, gab es folglich keine höheren Normen als die Gesetze. Das Gesetz hatte Vorrang gegenüber allen anderen Rechtsnormen. Die Sicherung für den Vorrang der Gesetzgebung bestand darin, dass die Festlegung des staatlichen Willens ihr zugewiesen war. Es gab Sachen und Materien, die ausschließlich der Gesetzgebung vorbehalten waren, wie der Haushalt, die Heranziehung von Rekruten, die öffentliche Schuldenverwaltung, die Einschränkung von Freiheitsrechten und die Errichtung von Gerichtsbarkeiten. All das hätte theoretisch die Entfaltung der bürgerlichen Ideen über die Verfassungsmäßigkeit garantiert, die im System der Rechtsquellen erfassbar war. Und dem war auch tatsächlich so: Die fieberhafte Rechtssetzungstätigkeit der ersten Jahre und die Erfüllung der klassischen bürgerlich-rechtlichen Forderungen schienen die Vorstellung der Theorie zu bewahrheiten. Allmählich entstanden die maßgeblichen Kodizes der einzelnen Rechtszweige, die die Sicherung der Gleichheit vor dem Gesetz und der Rechte der Bürger klar formulierten. Der Landtag verab-

[26] Freiheitsrechte in Ungarn, in: G. Máthé/B. Mezey (Hrsg.), Ungarische Rechtsgeschichte. Einige Abschnitte aus einem Lehrbuch der ungarischen Staats- und Rechtgeschichte, Budapest 2006, S. 58-75.

schiedete das erste Strafgesetzbuch der ungarischen Rechtsgeschichte (1878), das Strafgesetzbuch der Übertretungen (1879), die Strafprozessordnung (1896) und etwas später auch die Zivilprozessordnung (1911). Auch auf dem Gebiet des Privatrechts entstanden Kodexentwürfe, und das Hohe Haus erließ Teilgesetze mit großer Tragweite, z.B. das Handelsgesetz (1875), das Wechselgesetz (1876), das Vormundschaftsgesetz (1877), im Rahmen der kirchenpolitischen Gesetzgebung die Regeln des bürgerlichen Eherechts (1894) und die Institutionalisierung der staatlichen Matrikelführung (1894). Im Bereich der Verwaltung wurden die Rechtsprechungsorgane (1870, 1886) und die Gemeinden (1871, 1886) geregelt, und auch die Organe der bürgerlichen Verwaltung wurden ausgebaut. All diese Rechtsnormen zeugen vom Entstehen einer klaren Trennung der Rechtszweige voneinander: die Entstehung der Gesetzbücher für die einzelnen Rechtszweige ist Beweis für die begriffliche Genauigkeit. Als Ergebnis dieses Prozesses erfüllte Ungarn durch seine Rechtssetzung bereits das sechste Mal die Modernisierungsanforderungen und richtete seinen Kompass gen Westen.

Die Verschiebung der Akzente der Rechtssetzung auf die Gesetzgebung demonstrierte neben dem Primat der Gesetzgebung auch die Umgruppierung der Aufgaben sowie die veränderte Arbeitsteilung. Die liberale Regierung, die das Prinzip der Gewaltenteilung vertrat, beeilte sich, die Unanfechtbarkeit der richterlichen Unabhängigkeit festzuhalten (1869)[27]. Die Abgrenzung der beiden anderen Gewalten fiel schon viel schwerer und blieb sogar in mehreren Hinsichten nur eine Illusion. Die Organe der Verwaltung waren in der Wirklichkeit an der Rechtssetzung beteiligt (Erlass von Verordnungen), was durch die Deklaration einer besonderen Ermächtigung (1912) eine erhebliche Bedeutung erlangte. Im Sinne dieser Macht wurde die Regierung – wenn auch nur im Rahmen von gesetzlichen Garantien – ermächtigt, auch in ausschließlichen Kompetenzbereichen der Gesetzgebung vorzugehen und bestimmte Materien durch rangniedrigere Rechtsnormen zu regeln, z.B. die Tätigkeit der Verwaltung, die Einschränkung der persönlichen Freiheit, der Versammlungs- und der Pressefreiheit sowie die Beeinflussung der Rechtsprechung. Der Inhalt dieser Rechtsquellen zeugt davon, dass die Exekutive die Legislative in ihrer Bedeutung übertrumpfte. Die drastische Zunahme der Bevölkerungszahl, die Erfassung der Bevölkerung, die Verwaltung der Daten, die Urbanisierung, die Versorgung und Verwaltung hunderttausend- und millionenstarken Agglomerationen, die Erfüllung der Aufgaben der medizinischen Versorgung von den kleinsten Gehöften bis zu den Großstädten, die im Vergleich zu früher unvorstellbar gewachsene Anzahl der staatlichen Fachaufgaben (Verkehr, Straßen, Unterricht, Kultur, Gesundheitswesen, Veterinärmedizin, soziale Aufgaben) erhöhten die Bedeutung der staatlichen Administration weiter. Die Politiker, die im Zeichen der effizienten Staatstätigkeit regierten, erkannten die

[27] *Gábor Máthé*, A magyar burzsoa igazságszolgáltatási szervezet kialakulása 1867-1875 (Die Ausbildung der ungarischen bürgerlichen Gerichtsorganisation 1867-1875), Budapest 1982, S. 35.

Tatsache, dass die Zunahme der Aufgaben in erster Linie nicht auf dem Gebiet der Gesetzgebung und der Rechtsprechung erfolgte, sondern auf dem Terrain der Verwaltung, wo spezielle Fachkenntnisse vonnöten sind. Deshalb überließen sie der Exekutive die Initiative[28].

Die große Menge an Aufgaben, die Komplexität der Organisation und der immer undurchschaubarere Regelungsmechanismus erhöhten die Bedeutung der Zentralisierung. Die Forderung nach einer effizienten Staatstätigkeit führte dazu, dass das Fachwissen und die Anstellung von Verwaltungsfachleuten immer mehr in den Vordergrund gestellt wurden; das Gewicht verschob sich in Richtung einer professionellen Organisation. Die Ermächtigungen der Staatsgewalt wurden von der aus Laien bestehenden Legislative auf die Exekutive geradezu umverteilt. Diese Epoche war somit von der Entfaltung der „alt-neuen" Prinzipien der Verwaltung, der Zentralisierung und der Dezentralisierung (Selbstverwaltung der Gemeinden und Dekonzentration), der Hierarchie, der Integration und dem berufsmäßigen öffentlichen Dienst gekennzeichnet. Die politische (die Einheit von Recht und Gesetzen) und die administrative Zentralisierung (die Einheit der Erledigung von öffentlichen Angelegenheiten und der Durchsetzung von Rechtsnormen) verstärkten demgemäß das Gewicht der zentralen Rechtssetzung. Die bekannteste Technik der Zentralisierung war die Verstaatlichung der öffentlichen Gewalt, also der Erwerb der Entscheidungsbefugnis auf eine Art und Weise, dass das Machtzentrum immer mehr Organe oder Aufgaben in seinen Wirkungskreis einbezog und sich unterstellte. Im Zeichen dieser Bestrebungen entzog die zentrale Verwaltung der kommunalen Selbstverwaltung wichtige Zuständigkeiten. Die erhebliche Umgestaltung der Aufgaben und Zuständigkeiten vermehrte naturgemäß die Rechtssetzungsaufgaben der Verwaltungsorgane. Eigentlich hätte die erhöhte Zentralisierung die Abnahme der Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung zur Folge haben müssen, Verwaltungsfachleute stellten jedoch gerade das Gegenteil fest: Der Aufgabenkreis der kommunalen Selbstverwaltung nahm im gleichen Maße zu wie der der zentralen Verwaltung. Dies lässt sich auch anhand der Menge der entstehenden rangniedrigeren Rechtsnormen nachvollziehen. Diese Erscheinung blieb bis zum ersten Weltkrieg markant bestehen.

[28] *Árpád Tóth*, A kivételes hatalom jogi szabályozása Magyarországon az első világháború előestéjén (Die rechtliche Regelung der Ausnahmegewalt in Ungarn am Vorabend des Ersten Weltkrieges), Szeged 1996, S. 99.

Europäisierung des Vertragsrechts

Christiane C. Wendehorst

Der Europäisierung des Vertragsrechts kommt im Zusammenhang mit der Europäisierung des Rechts allgemein ein besonderer Stellenwert zu. Einerseits ist das Vertragsrecht ein Bereich, der wegen seiner besonderen wirtschaftlichen Brisanz schon recht früh in das Blickfeld politischer und akademischer Harmonisierungsbemühungen getreten ist. Auf der anderen Seite gehört das Vertragsrecht aber auch zum Kernbestand des Zivilrechts, das traditionell eher national verhaftet ist und als eine der letzten Bastionen im Kampf gegen die Europäisierung des Rechts hart verteidigt wird. Gründe genug, um sich über den Stand und die Implikationen dieses Prozesses vertieft Gedanken zu machen.

I. Unmittelbar anwendbares europäisches Vertragsrecht

Unmittelbar anwendbares europäisches Vertragsrecht existiert derzeit allenfalls in Randbereichen. Überwiegend handelt es sich dabei nicht um Vertragsrecht im engeren Sinn, sondern lediglich um vertragsrechtlich relevantes Recht, wie beispielsweise die Europäische Insolvenzverordnung. Am wichtigsten ist sicherlich

die kürzlich verabschiedete Rom I-Verordnung[1] über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, die in den Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks und des Vereinigten Königreichs das Römische Schuldvertragsübereinkommen ersetzen wird.

II. Europäisierung des nationalen Vertragsrechts

Größeren Raum hat bislang die durch Richtlinien bewirkte Rechtsangleichung eingenommen, die schon so weit fortgeschritten ist, dass stellenweise das Gesicht der nationalen Vertragsrechte kaum noch wiederzuerkennen ist. Am Beispiel Deutschlands, das zu den Gründerstaaten der Europäischen Gemeinschaft gehört, lässt sich diese Entwicklung sehr schön nachzeichnen.

1. Von europäischen Inseln zum europäischen Meer

Schon seit den späten 80-er und frühen 90-er Jahren des letzten Jahrhunderts haben sich einzelne „europarechtliche Inseln“ im deutschen Zivilrecht gebildet. Den Auftakt machte die vorweggenommene Umsetzung der Haustürgeschäfte-Richtlinie[2] durch das Haustürwiderrufsgesetz[3] im Jahre 1986, gefolgt von der Umsetzung der Verbraucherkredit-Richtlinie[4] durch das Verbraucherkreditgesetz[5] von 1990. Es folgten etwa die Anpassung des schon seit 1979 bestehenden Reisevertragsrechts[6] in §§ 651a bis 651k BGB nach den Vorgaben der Pauschalreise-Richtlinie[7] sowie des seit 1976 bestehenden AGB-Gesetzes[8] nach den Vorgaben der Klausel-Richtlinie[9] oder die Umsetzung der Timesharing-Richtlinie[10] im 1997 in Kraft getretenen Teilzeit-Wohnrechtegesetz[11].

---

[1] Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. L 177, S. 6).

[2] Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372, S. 31).

[3] Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16. Januar 1986 (BGBl. I, S. 122).

[4] Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (ABl. L 42, S. 48).

[5] Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozeßordnung und anderer Gesetze vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I, S. 2840).

[6] Vgl. zunächst das Gesetz über den Reisevertrag vom 4. Mai 1979 (BGBl. I, S. 509); geändert durch das Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen vom 29. Juni 1994 (BGBl. I, S. 1322).

[7] Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (ABl. L 158, S. 59).

[8] Vgl. hierzu das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I, S. 3317), das durch das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung vom 19. Juli 1996 (BGBl. I, S. 1013) richtlinienkonform novelliert wurde.

[9] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95, S. 29).

Mit der Einfügung zunächst von §§ 675a bis 676g BGB durch das Überweisungsgesetz[12] von 1999 als Reaktion auf die Überweisungsrichtlinie[13] und die Zahlungssicherungsrichtlinie[14] hat der Einfluss des EG-Rechts auf das BGB eine neue Dimension erreicht, weil erstmalig ein größerer Eingriff in die Regelungsstruktur des BGB selbst vorgenommen wurde. Schon rein äußerlich stellen die Vorschriften einen Fremdkörper dar. Dass sie aus ihrer Umgebung durch die Kennzeichnung der Paragraphennummern mit Kleinbuchstaben hervorstechen, ist dabei nur eine Marginalie, weil das bei allen nachträglichen Einschüben der Fall ist. Viel wichtiger ist die deutlich andere Regelungstechnik, nämlich der Hang zu extrem langen, extrem detaillierten Gesetzesvorschriften. Auffällig ist aber auch, dass die systematische Platzierung der Regelungen im Gesamtregelungszusammenhang des BGB kaum noch nachzuvollziehen ist: Innerhalb eines 12. Titels im Zweiten Buch des BGB, der mit „Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag“ überschrieben ist, gilt der erste Untertitel dem Auftrag, der zweite dem Geschäftsbesorgungsvertrag. Innerhalb des zweiten Untertitels findet sich ein Kapitel „Allgemeines“, das aus nicht mehr als drei Paragraphen besteht und das mitnichten allgemeine Vorschriften für die folgenden Kapitel enthält, sondern das so unterschiedliche Punkte zusammenfasst, wie den altehrwürdigen § 675, einen neuen § 675a über Informationspflichten bei Standardgeschäften von Kreditinstituten und anderen öffentlich bestellten oder aufgrund öffentlicher Erbietung tätigen Dienstleistern, sowie einen § 676 über einzelne Aspekte von Übertragungsverträgen, einem ganz speziellen Vertragstyp, der nur in § 676 erscheint und sich nirgends in einer entsprechenden Überschrift niederschlägt[15].

Die Eingriffe in das BGB selbst setzten sich fort mit der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie[16]. Zwar geschah diese zunächst noch vorwiegend durch das im Jahre 2000 in Kraft getretene Fernabsatzgesetz[17], doch hat der Gesetzgeber die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie auch zum Anlass genommen, durch die Einfügung allgemeiner Definitionen von „Verbraucher“ und „Unternehmer“ in §§ 13,

---

[10] Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (ABl. L 280, S. 83).

[11] Gesetz über die Veräußerung von Teilnutzungsrechten an Wohngebäuden vom 20. Dezember 1996 (BGBl. I, S. 2154).

[12] Überweisungsgesetz vom 21. Juli 1999 (BGBl. I, S. 1642).

[13] Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen (ABl. L 43, S. 25).

[14] Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (ABl. L 166, S. 45).

[15] Vgl. zur überschießenden Umsetzung der Überweisungsrichtlinie z.B. *Johann Becher*, Das Überweisungsgesetz – Eine Übersicht, in: DStR 1999, S. 1360 ff.

[16] Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. L 144, S. 19).

[17] Fernabsatzgesetz vom 27. Juni 2000 (BGBl. I, S. 897).

14 BGB, allgemeiner Vorschriften über das Verbraucherwiderrufsrecht in §§ 361a, 361b BGB a. F. sowie durch die Einfügung von § 241a BGB über unbestellte Leistungen das bislang fast ausschließlich in Nebengesetzen geregelte Verbraucherprivatrecht und das BGB miteinander zu verzahnen[18]. Diese Verzahnung erwies sich als alles andere als unproblematisch. Nicht nur die systematische Stellung der Vorschriften gab Anlass zur Kritik, sondern auch die Komplexität des Zusammenspiels unterschiedlicher Regelungsblöcke sowie die Einführung neuer, eher der Alltagssprache entlehnter und der klaren und präzisen Rechtssprache des BGB an sich fremder Terminologie[19]. Wie unverträglich manches der neuen Vorschriften mit deutscher Dogmatik ist, wird deutlich, wenn man die Fülle von Literatur zu § 241a BGB betrachtet, wo man im Normtext um die fünf bis zehn Unklarheiten mit jeweils zwei bis vier dazu vertretenen Theorien unterscheiden kann[20]. Böse Zungen könnten natürlich auch behaupten, dass die deutschen Juristen auf nichts sehnlicher gewartet hätten als auf Vorschriften wie § 241a BGB, zu denen man ganz unbelastet durch 100 Jahre Rechtsliteratur nach Herzenslust theoretisieren kann. Ganz ähnliches gilt übrigens für die Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie[21].

Einen weiteren Quantensprung auf dem Weg zu einem europäisierten Zivilrecht stellte die Schuldrechtsmodernisierung dar. Das Anfang 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts[22] hat zu einer völligen Umgestaltung weiter Teile des Zweiten Buches sowie des Verjährungsrechts geführt[23]. Ein auf den ersten Blick eher äußerlicher Schritt war die Inkorporierung der meisten Verbraucher schützenden Nebengesetze in das BGB, so des AGB-Gesetzes in die §§ 305 bis 310 BGB, des Haustürwiderruf-Gesetzes in § 312 BGB, des Fernabsatzgesetzes in §§ 312b bis 312d BGB, des Teilzeitwohnrechtgesetzes in §§ 481 bis 487 BGB und des Verbraucherkreditgesetzes in §§ 491 bis 507 und §§ 655a bis

---

[18] Vgl. *Stephan Lorenz*, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, in: JuS 2000, S. 833 ff.; *Hans-Wolfgang Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 5. Aufl. 2006, Vorbem. zu §§ 13, 14.

[19] Vgl. *Werner Flume*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung – Die Änderungen des BGB durch das Fernabsatzgesetz, in: ZIP 2000, S. 1427 ff.; *Günter Christian Schwarz*, § 241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik – Zu den systemwidrigen Folgen der Umsetzung der EG-Fernabsatz-Richtlinie, in: NJW 2001, S. 1449 ff.

[20] Eine umfangreiche Darstellung des Meinungsstandes zu § 241a findet sich beispielsweise in *Karsten Schmidt*, Die Zusendung unbestellter Waren, 2006.

[21] Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. L 200, S. 35). Zur Problematik der Verflechtung des Gemeinschaftsrechts mit nationalem Recht und dem „AT Problem" vgl. z.B. schon *Martin Schmidt-Kessel*, Zahlungsverzug im Handelsverkehr – ein neuer Richtlinienentwurf, in: JZ 1998, S. 1135 (1136); weitere Problembereiche behandelt z.B. *Holger Seibert*, Verzug, Mahnung und Warnobliegenheit beim Überweisungsvertrag, in: NJW 2006, S. 2357 ff.

[22] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I, S. 3138).

[23] Zu den Änderungen des BGB im Einzelnen vgl. *Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Manfred Lepa/Gerhard Ring (Hrsg.),* Schuldrecht, Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht, 2002; *Markus Artz*, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Integration der Nebengesetze in das BGB, in: JuS 2002, S. 528 ff.

655e BGB, wobei sich in §§ 355 bis 358 einheitliche Vorschriften über das Widerrufsrecht sowie über verbundene Verträge finden und die langen Kataloge über Informationspflichten in die BGB-Informationspflichten-Verordnung[24] ausgelagert wurden. Anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung wurden die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie[25] – die ursprünglich der Anlass für das ganze Reformprojekt war – sowie die E-Commerce-Richtlinie[26] erstmalig im BGB umgesetzt. Während sich das E-Commerce-Recht des BGB auf § 312e beschränkt, hat die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu einer Neukonzeption des gesamten Kaufrechts geführt: Der deutsche Gesetzgeber hat sich ganz allgemein, und nicht nur in Hinblick auf Verbraucherverträge, vom klassischen deutschen Kaufrecht zugunsten eines weitgehend europäischen und in seinen Grundzügen stark vom UN-Kaufrecht inspirierten Kaufrechts gelöst[27].

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde seit seiner Entstehung stets von kritischen Stimmen aus Lehre und Praxis begleitet, wobei insbesondere die in systematischer Hinsicht fragwürdige Platzierung der neu eingeführten Normen innerhalb des BGB zu diversen Schwierigkeiten geführt hat[28]. Zudem führte die Novelle zu einer enormen Verkomplizierung für den Rechtsanwender, der bei der Anwendung des Verbrauchervertragsrechts stets drei verschiedene Regelungskomplexe nebeneinander beachten muss: Neben die spezielle Regelung des betreffenden Vertrags bzw. Vertragstyps tritt die allgemeine Regelung in den §§ 355 ff. und die Regelung in der BGB-InfoVO, wobei das Zusammenspiel zwischen diesen drei Komplexen alles andere als einfach und logisch nachvollziehbar gestaltet ist.

Festzuhalten ist freilich, dass in den grundlegenden systematisch-strukturellen Fragen zur Schuldrechtsmodernisierung mittlerweile Einigkeit herrscht, was einem ergiebigen wissenschaftlichen Diskurs und einer Mehrzahl höchstgerichtlicher Entscheidungen zu verdanken ist[29].

---

[24] Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht vom 2. Januar 2002 (BGBl. I, S. 342).

[25] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171, S. 12).

[26] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. L 178, S. 1).

[27] Vgl. *Gerd Müller*, in: C.T. Ebenroth/K. Boujong/D. Joost (Hrsg.), HGB-Kommentar, Aktualisierungsband, 2003, Vorbem. zu § 373 Rn. 1 ff.

[28] Vgl. zur verfehlten Systematik beispielsweise *Peter Ulmer*, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, in: JZ 2001, S. 491 ff.; *Jan Wilhelm*, Schuldrechtsreform 2001, in: JZ 2001, S. 861 ff.; allgemein: *Rolf Knütel*, Zur Schuldrechtsreform, in: NJW 2001, S. 251 ff.; *Andreas Heldrich*, Ein zeitgemäßes Gesicht für unser Schuldrecht, in: NJW 2001, S. 2521 ff.; *Richard Motsch*, Die Modernisierung des Schuldrechts, in: NJ 2002, S. 1 ff.; *Barbara Dauner-Lieb*, Viereinhalb Jahre Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Das neue Schuldrecht und der BGH – eine Zwischenbilanz, in: AnwBl 2006, S. 430 ff. u.a.

[29] Vgl. in diesem Sinn auch *Stephan Lorenz*, Fünf Jahre „neues" Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, in: NJW 2007, S. 1 ff.

2. Bedeutung für das Vertragsrecht allgemein

Spätestens seit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kann von einzelnen europarechtlichen Inseln im Meer des deutschen Zivilrechts nicht mehr gesprochen werden, sondern eher von einem europarechtlichen Meer sowie begrenzten Kontinenten und Inseln rein autonomen nationalen Zivilrechts.

Darüber, welche gravierenden Konsequenzen sein europäisierter Charakter für das deutsche Zivilrecht hat, sind sich vermutlich viele Rechtsanwender in Deutschland noch gar nicht bewusst. Zunächst gilt bei denjenigen Regelungen, die unmittelbar in Umsetzung von Richtlinien ergangen sind, das Gebot richtlinienkonformer Auslegung und wohl auch richtlinienkonformer Fortbildung des Rechts[30]. Das bedeutet in der Praxis, dass man die Regelungen der Richtlinie kennen und neben den nationalen Regelungen lesen muss. Dabei kann man gelegentlich Überraschungen erleben. Wer beispielsweise meint, der Begriff der Textform im Fernabsatzrecht (§ 312c Abs. 2) entspreche der üblichen Bedeutung von „Textform", wie sie in § 126b legaldefiniert ist und insbesondere auch die Wiedergabe auf einer Website umfasst, der irrt gewaltig. Ausweislich der zugrunde liegenden Richtlinien, der allgemeinen Fernabsatzrichtlinie und der jüngeren Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, genügt die Wiedergabe auf einer Website nämlich gerade nicht. Vielmehr müssen dem Verbraucher die Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden, d.h. etwa in der Form einer Email, einer CD-ROM o. Ä. endgültig und unveränderbar in seinen Machtbereich gelangen[31]. Für den Rechtsanwender, der die Richtlinien nicht kennt, ist das nicht ersichtlich.

Noch mehr: Denkt man die Bedeutung von teleologischer Auslegung durch und berücksichtigt man, dass diese auch die Vermeidung von Wertungswidersprüchen gebietet, bedeutet das alles in letzter Konsequenz, dass auch nicht-harmonisierte Teile des BGB vor europäischem Hintergrund ausgelegt werden müssen. So ist etwa das werkvertragliche Gewährleistungsrecht nach wie vor nicht-harmonisiertes, autonomes deutsches Recht. Dadurch, dass der Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung eine weitgehende Gleichschaltung mit dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht vorgenommen hat, erlangt aber auch das werkvertragliche Gewährleistungsrecht eine europäische Note, so dass etwa der Sachmangelbegriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mittelbar auch Bedeutung hat für die Auslegung von § 633 BGB[32]. Lebhaft diskutiert wird, ob in solchen Bereichen autonomer Harmonisierung außerhalb des ursprünglichen An-

---

[30] Vgl. *Carsten Herresthal*, Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, in: EuZW 2007, S. 396 ff.

[31] Vgl. hierzu *Christiane C. Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. II, 5. Aufl. 2007, § 312c Rn 8 m.w.N.; a.A. *Hans-Wolfgang Micklitz*, in: ders./N. Reich, Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, 1998, S. 23.

[32] Vgl. *Reinhold Thode*, Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme – Teil 1, in: NZBau 2002, S. 297 ff.

wendungsbereichs der Richtlinie eine Möglichkeit oder gar eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH besteht[33].

3. Überarbeitung des Acquis

Die Fülle insbesondere der Verbraucher schützenden Richtlinienvorgaben hat mittlerweile zu einer Zersplitterung und Inkohärenz des Vertragsrechts geführt, die auch ins Blickfeld der Gemeinschaftsorgane gerückt ist. Auf der einen Seite werden verschiedene Vorstöße unternommen, einzelne sog. vertikale bzw. sektorspezifische Maßnahmen zu überarbeiten. Wichtigstes Beispiel hierfür ist die neugefasste Richtlinie über Verbraucherkredite[34]. Auf der anderen Seite bestehen aber auch konkrete Überlegungen, darüber hinaus in einem sog. horizontalen bzw. sektorübergreifenden Instrument einheitlich bestimmte Punkte zu regeln, die für eine Vielzahl von Verbraucherverträgen relevant sind.

Im Grünbuch von 2007 zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz[35] und der offiziellen Auswertung der Reaktionen[36] ist angesprochen, dass ein solches horizontales Instrument insbesondere Definitionen von „Verbraucher" und „Unternehmer" sowie Regelungen über vorvertragliche Informationspflichten und den Verbraucherwiderruf enthalten soll. Ferner ist daran gedacht, in das horizontale Instrument den Regelungsgegenstand der bisherigen Klausel-Richtlinie sowie der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf zu integrieren. Am weitesten geht wohl der Vorschlag, in die neue horizontale Richtlinie allgemeine Rechtsbehelfe des Verbrauchers bei Vertragsverletzungen in Verbraucherverträgen aufzunehmen[37]. Sollte es dazu kommen, ist der Schritt zu einem einheitlichen europäischen Verbrauchervertragsrecht fast getan.

Ein offizieller Kommissionsentwurf für die horizontale Richtlinie wird für Herbst 2008 erwartet. Die ersten, inoffiziellen Vorentwürfe zirkulieren bereits in diversen Arbeitsgruppen. Für die nationalen Vertragsrechte könnte hier erheblicher Veränderungsbedarf entstehen, je nachdem, wie umfangreich die Änderungen und Erweiterungen ausfallen. Schwierig wird es möglicherweise für Rechtsordnungen wie die deutsche, die gerade große Anstrengungen unternommen ha-

---

[33] Zur Ausstrahlungswirkung bei überschießender Umsetzung vgl. *Katja Langenbucher,* in: dies. (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. 2008, Rn. 104 ff.; zur überschießenden Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vgl. *Carsten Herresthal,* ebenda, Rn. 154 ff.; vgl. weiters *Ulrich Magnus,* in: F. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand 32. EL. 2007, Vorbem. vor Art. 1 Rn. 31.

[34] Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (ABl. EG L 133, S. 66).

[35] Grünbuch der Kommisssion, Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz, KOM (2006) 744 endg.

[36] Report on the outcome of the public consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis,
http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf (04.06.08).

[37] Grünbuch Die Überprüfung (Fn. 35), S. 10.

ben, das Verbrauchervertragsrecht mit dem allgemeinen Vertragsrecht zu einem einheitlichen Ganzen zu verweben.

III. Europäische Prinzipien und Modellgesetze

Die von mir soeben geschilderte Entwicklung wird freilich überlagert durch einen anderen Prozess, der den Fokus eher auf die Herausarbeitung eines genuin europäischen Vertragsrechts legt.

1. Akademische Vorarbeiten

Schon in den 1980er Jahren formierte sich die Group on European Contract Law unter der Leitung von Ole Lando, die es sich zum Ziel gesetzt hatte, aus den einzelnen nationalen Vertragsrechtsordnungen der Europäischen Gemeinschaft in ihrer damaligen Form sowie darüber hinaus einheitliche Prinzipien des Vertragsrechts zu destillieren. Dabei war die Gruppe in erster Linie einem *restatement*-Ansatz verpflichtet, aber auch stets darauf bedacht, sich bei einer Divergenz der nationalen Lösungen für die modernste und präsumtiv konsensfähigste Lösung zu entscheiden bzw. gar eigene Lösungswege zu gehen. Das Ergebnis, die Principles of European Contract Law (PECL), wurde zwischen 1999 und 2003 veröffentlicht[38]. Aufbauen konnte deren Arbeit bereits auf dem UN-Kaufrecht (CISG)[39], das ihm vorausgehende „Haager Kaufrecht" (ULIS/ULF)[40] sowie eine Fülle rechtsvergleichender Vorarbeiten seit Ernst Rabel[41]. Ferner hatte UNIDROIT bereits 1994 die Principles of International Commercial Contracts (PICC) veröffentlicht, die 2004 noch einmal wesentlich erweitert wurden[42].

Parallel zur Lando-Kommission formierten sich auch weitere Gruppen zum europäischen Vertragsrecht, die das Ergebnis ihrer Arbeiten teils gleichfalls in Form von Musterregeln veröffentlichen, teils auch in anderer Form. Zu nennen sind insbesondere die Académie des Privatistes Européens unter dem Vorsitz von Giuseppe Gandolfi, die 2001 einen Vorentwurf für einen Code Européen des

[38] *Ole Lando/Hugh Beale* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part I, 2000; *Ole Lando/Eric Clive/Andre Prüm/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part III, 2003.

[39] Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980.

[40] Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) vom 1. Juli 1964 und Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EAG) vom 1. Juli 1964.

[41] *Ernst Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1936, Bd. 2, 1958.

[42] UNIDROIT (Hrsg.), Principles of International Commercial Contracts, Rom 2004; umfangreiche Informationen bei *Michael Joachim Bonell*, The Unidroit Principles in Practice: Case Law and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts, Ardsley 2002.

Contrats (Teil 1) vorlegte[43]. Zu nennen sind gleichfalls die Trento Group[44] oder SECOLA[45].

Eine neue Dimension erreichten die akademischen Vorarbeiten mit der Study Group on a European Civil Code[46] unter der Gesamtleitung von Christian v. Bar, die in verschiedene Arbeitsgruppen und Unter-Arbeitsgruppen aufgeteilt ist[47]. Sie versteht sich einerseits – soweit das allgemeine Vertragsrecht betroffen ist – als Nachfolgerin der Lando-Kommission und überarbeitet die PECL, geht aber andererseits über das Arbeitsprogramm der PECL deutlich hinaus und ist bestrebt, fast das gesamte zivile Vermögensrecht unter Einschluss großer Teile des Sachenrechts abzudecken. Die Ergebnisse werden als Principles of European Law (PEL) veröffentlicht. Demgegenüber verfolgt die Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)[48] den Ansatz, allgemeine Prinzipien aus dem existierenden primären und sekundären Gemeinschaftsrecht unter Einschluss nationaler Umsetzungen und ausgewählter internationaler Rechtsakte zu destillieren. Die Ergebnisse werden als Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) veröffentlicht.

2. Das CFR-Projekt

Dass sich durch das Patchwork von Einzelrechtsakten, das sich über mehr als zwei Jahrzehnte hinweg infolge der Tätigkeit ganz unterschiedlicher Akteure in Brüssel und Straßburg entwickelt hatte, einige Inkonsistenzen eingeschlichen hatten, war auch für die EU-Kommission nicht mehr zu übersehen[49]. Vor allem drei Kritikpunkte wurden laut: Erstens führt das Nebeneinander unterschiedlicher Verbraucherwiderrufsrechte mit unterschiedlichen Widerrufsfristen und unter-

---

[43] *Giuseppe Gandolfi* (Hrsg.), Code Européen des Contrats – Avant-projet, Mailand 2001. Zu diesem Projekt etwa *Hans Jürgen Sonnenberge*r, Der Entwurf des Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, in: RIW 2001, S. 409 ff..; *Giuseppe Gandolfi*, Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches, in: ZEuP 2002, S. 1 ff.; *Reinhard Zimmermann*, Der "Codice Gandolfi" als Modell eines einheitlichen Vertragsrechts für Europa? – Überlegungen zur Regelung der Aufrechnung (Art. 132), in: H.-P. Mansel (Hrsg.), FS Erik Jayme, Bd. 2, 2004, S. 1401 ff.; *Salvatore Patti,* Kritische Anmerkungen zum Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuches, in: ZEuP 2004, S. 118 ff.

[44] Informationen unter www.jus.unitn.it/dsg/common-core/; sowie vor allem in *Mauro Bussani*/*Ugo Mattei* (Hrsg.), The Common Core of European Private Law, Den Haag 2002.

[45] www.secola.org/; vgl. den Tagungsband der Gruppe „The Architecture of European Codes and Contract law" (im Erscheinen) zu einer Tagung in Wien im Jahre 2004.

[46] Zu dieser Gruppe s. *Wolfgang Wurmnest*, Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa, in: ZEuP 2003, S. 714 (732-735).

[47] Zur Arbeitsweise etwa *Christian v. Bar*, in: Die Study Group on a European Civil Code, in: P. Gottwald (Hrsg.), FS Dieter Henrich, 2000, S. 1 ff.; allgemeine Informationen auch unter www.sgecc.net/.

[48] Zu dieser Gruppe s. *Wurmnest,* Core (Fn. 46), S. 740-743.

[49] Vgl. die Mitteilung der Kommission – Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht: ein Aktionsplan, vom 12.2.2003, KOM (2003) 68 endg., S. 8 ff.

schiedlichen Regelungen über den Fristbeginn zu Schwierigkeiten, die sich beispielsweise in der Travel-Vac-Entscheidung[50] des EuGH sehr schön widerspiegeln. Zweitens ergibt sich aus der etwaigen Kumulation verschiedener Kataloge von Informationspflichten ein Dickicht für europäische Unternehmer, das sie ohne kompetenten Rechtsrat nicht mehr durchdringen können und das auch auf Kundenseite oft mehr Verwirrung stiftet als Klarheit schafft. Drittens schließlich legen die unterschiedlichen Richtlinien teilweise ein unterschiedliches Verständnis zentraler Rechtsbegriffe zugrunde – man denke nur an den Begriff des „Schadens" in der Simone Leitner-Entscheidung[51] des EuGH – was den Ruf nach einer einheitlichen europäischen Rechtssprache mit einheitlichen Definitionen laut werden lässt[52].

Wer diese Argumente genau unter die Lupe nimmt, wird erkennen, dass sie eine umfassende Revision des vertragsrechtlichen – ganz vorwiegend verbrauchervertragsrechtlichen – gemeinschaftsrechtlichen Regelungsbestands rechtfertigen: nicht weniger, aber eben eigentlich auch nicht mehr[53]. Dennoch ist die Kommission zunächst weiter gegangen und hat das Projekt des Gemeinsamen Referenzrahmens (*Common Frame of Reference*, CFR) ins Leben gerufen, einem sektorübergreifenden Instrument zum Europäischen Vertragsrecht mit Modellregeln, allgemeinen Prinzipien und Definitionen[54]. Ob dieses europäische Vertragsrecht nun Vorlage für ein bindendes Europäisches Zivilgesetzbuch, optionelles Instrument, d.h. von den Vertragsparteien als Vertragsstatut wählbares Regime, oder aber bloße "*toolbox*" für Gesetzgeber und Auslegungshilfe für Gerichte im Gemeinschaftsraum sein soll, blieb lange offen. Pläne zur Inkraftsetzung eines echten

---

[50] EuGH, Urt. v. 22.4.1999, Rs. C-423/97, Slg. 1999, I-2195 – Travel Vac SL gegen Manuel José Antelm Sanchis.

[51] EuGH, Urt. v. 12.3.2002, Rs. C-168/00, Slg. 2002, I-02631 – Simone Leitner gegen TUI Deutschland GmbH & Co. KG.

[52] Vgl. zum „Problem" des europäischen Pluralismus *Verica Trstenjak*, Die Auslegung privatrechtlicher Richtlinien durch den EuGH: Ein Rechtsprechungsbericht unter Berücksichtigung des Common Frame of Reference, in: ZEuP 2007, S. 145 ff.

[53] Vgl. in diesem Zusammenhang *Peter M. Wiesner*, Ist das Europäische Zivilgesetzbuch noch zu stoppen?, in: DB 2005, S. 871 ff., der sich kritisch zu der Gefahr einer nicht notwendigen „Übereuropäisierung" nationaler Rechtsvorschriften äußert und vor der dem Projekt innewohnenden Eigendynamik warnt; ähnlich *Reiner Schulze*, The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law, in: ders. (Hrsg.), Common Frame of Reference and existing EC Contract Law, 2008, S. 3 (11).

[54] Mitteilung der Kommission vom 11.7.2001 zum Europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg.; Mitteilung der Kommission vom 12.2.2003 über ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht. Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg.; Mitteilung der Kommission vom 11.10.2004 zum Europäischen Vertragsrecht und zur Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg.; Mitteilung der Kommission vom 10.5.2005 zum Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre, KOM (2005) 184 endg.; Bericht der Kommission vom 23.9.2005 – Erster Jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands, KOM (2005) 456 endg.; Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen, KOM (2007) 447 endg.

Zivilgesetzbuchs hat man dann freilich schon früh verbal weit von sich gewiesen[55].

Insbesondere das im Februar 2007 veröffentlichte Grünbuch zur Überprüfung des Verbraucherschutz-Acquis[56] hatte sogar Zweifel geschürt, ob die Kommission das ambitionierte Projekt des CFR nicht längst insgeheim begraben hat. Nach dem Grünbuch soll der erste Schritt in einer Überarbeitung acht Verbraucher schützender Richtlinien bestehen, wobei – wie oben (II.3.) geschildert – alles auf einen kombinierten Ansatz hinauszulaufen scheint, also ein übergreifendes, „horizontales" Instrument, das gemeinsame Regelungen zur Definition von Verbraucher und Unternehmer, zu Informationspflichten und zu Widerrufsrechten enthält sowie das die bisherigen Regelungsinhalte von Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und Klauselrichtlinie in sich vereinigt, verbunden mit „vertikalen" Sonderregelungen für bestimmte Bereiche. Eine solche horizontale Super-Richtlinie würde den CFR nicht insgesamt überflüssig machen. Wer genau hinsieht, wird aber erkennen, dass zumindest diejenigen Missstände, die seitens der Kommission zur Rechtfertigung des CFR-Projekts primär ins Feld geführt worden waren – also Auseinanderklaffen von Widerrufsfristen, undurchdringliche Kataloge von Informationspflichten, divergente Begriffsverständnisse – damit behoben werden könnten. Parallel dazu ist die im Kommissionsvorschlag von 2005 für die Rom I-Verordnung[57] enthaltene Bestimmung, wonach die Parteien auch nichtstaatliche Vertragsregeln wie die UNIDROIT-Prinzipien oder eben europäische Prinzipien des Vertragsrechts als anwendbares Recht wählen können, inzwischen weitgehend gestrichen worden[58]. Diese Bestimmung wäre aber das Einfallstor gewesen, das dem CFR zu mehr Bedeutung hätte verhelfen können[59].

---

[55] Vgl. *Christian v. Bar*, Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference, in: ERCL 2007, S. 350 (352); *Dirk Staudenmayer*, Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht, in: EuZW 2005, S. 103 (105); Mitteilung der Kommission – Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes: weiteres Vorgehen, vom 11.10.2004, KOM (2004) 651 endg., S. 12 f. mit Verweis auf Anhang I.

[56] Grünbuch Die Überprüfung (Fn. 35); vgl. hierzu auch *Marco Loos,* Review of the European consumer acquis, in: GPR 2008, S. 117.

[57] Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I), vom 15.12.2005, KOM (2005) 650 endg.

[58] In der verabschiedeten Fassung (oben Fn. 1) findet sich in Erwägungsgrund 13 nur noch die – selbstverständlich immer eröffnete – Möglichkeit, dass die Parteien den Inhalt der PECL o.Ä. in ihren Vertrag inkorporieren, was aber zwingendes Vertragsrecht nicht verdrängen kann. Hinsichtlich einer echten kollisionsrechtlichen Verweisung hält Erwägungsgrund 14 zwar alle Türen für die Zukunft offen, macht aber unmissverständlich deutlich, dass eine solche Möglichkeit erst durch einen weiteren Gemeinschaftsrechtsakt eingeräumt werden müsste.

[59] Vgl. in diesem Sinn *Judit Fazekas*, Connection between the CFR and a possible horizontal instrument of consumer law, in: Schulze, Frame (Fn. 53), S. 297 ff.; *Uwe Blaurock*, Lex mercatoria und Common Frame of Reference, in: ZEuP 2007, S. 118 ff.; zum Verhältnis des CFR zur Rom I-Verordnung vgl. *Dieter Martiny*, Common Frame of Reference und Internationales Vertragsrecht, in: ZEuP 2007, S. 213 (226 ff.).

Die jüngsten Entwicklungen deuten nun darauf hin, dass sich der CFR auf ein rein unverbindliches Instrument beschränken wird, das eine Inspirationsquelle für den Gemeinschaftsgesetzgeber sowie möglicherweise einen Referenzpunkt bilden wird, auf den sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bei künftigen Rechtsakten beziehen kann[60]. Thematisch wird es sich voraussichtlich auf das allgemeine Vertragsrecht und das Verbrauchervertragsrecht beschränken.

3. „Akademischer Referenzrahmen"

Der „offizielle" CFR wird zwar – in welcher Rechtsform auch immer – von Organen der EU und EG verabschiedet und in der entsprechenden Abteilung im Amtsblatt veröffentlicht werden. Dennoch wird er auf akademischen Vorarbeiten basieren. Im Auftrag der Kommission ist seit Jahren eine größere Zahl von Rechtswissenschaftlern aus ganz Europa damit betraut, Definitionen, Modellregeln und allgemeine Prinzipien des Vertragsrechts zu formulieren. Die Strukturen dieses *Joint Network on European Private Law* sind im einzelnen sehr kompliziert, doch sind seine beiden wichtigsten Säulen die oben bereits erwähnte *Study Group on a European Civil Code* unter Gesamtleitung von Christian von Bar einerseits und die gleichfalls erwähnte *Acquis-Group* unter Gesamtleitung von Gianmaria Ajani und Hans Schulte-Nölke andererseits. Beide Gruppen veröffentlichen ihre Ergebnisse zwar grundsätzlich getrennt, haben aber darüber hinaus – dem Auftrag der Kommission entsprechend – Anfang 2008 eine konsolidierte, aus den von beiden Gruppen formulierten Vertragsregeln bestehende Gesamtfassung vorgelegt. Diese ist im Verlag Sellier unter dem Titel *„Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition"* erschienen. Ende 2008 sollen dann weitere, noch fehlende Kapitel eingepflegt werden.

Dieser DCFR versteht sich in erster Linie als mögliche Vorlage für den offiziellen CFR, ist aber insofern natürlich von politischen Entscheidungen in Brüssel und Straßburg abhängig. Selbst wenn diese Entscheidungen dazu führen sollten, dass nichts oder nur ein kleiner Teil des DCFR in den CFR übernommen wird, wird der DCFR als „Akademischer Referenzrahmen" aber eine eigenständige Funktion für die weitere Vertragsrechtsdiskussion in Europa behalten.

4. Ausblick

Wäre denn der CFR insgesamt der richtige Weg? Skeptiker haben gegen das Projekt mehrere Einwände[61]. Ganz abgesehen einmal von jenen Stimmen, die wegen

[60] Mitteilung an die Presse vom 18. April 2008 über die 2863. Tagung des Rates Justiz und Inneres, 8397/08 (Presse 96).

[61] Zu den Argumenten für und wider ein einheitliches Obiligationenrecht in Europa vgl. *Christian v. Bar/Jürgen Basedow/Ulrich Drobnig/Ewoud Hondius/Konstantinos Kerameus/Stelios Koussoulis/Ole Lando/Marco Loos/Winfried Tilmann*, Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf

der Unterschiedlichkeit der Mentalitäten schon die Möglichkeit einer Konvergenz an sich bestreiten, wird auch geltend gemacht, das Europäische Privatrecht sei nichts weiter als eine zusätzliche Rechtsordnung im Konzert der 27 oder mehr teils sehr unterschiedlichen Vertragsrechtsordnungen in der Gemeinschaft und trage daher mehr zur Zersplitterung denn zur Vereinheitlichung bei[62]. Weiterhin seien Politik und Wissenschaft im Grunde nicht zuständig, da Rechtsregeln sich wie Waren und Dienstleistungen auf dem freien Markt behaupten müssen, so dass wahre Konvergenz nur mit der Zeit aus der Vertragspraxis heraus wachsen könne. Qualitätsniveau und Legitimation des CFR werden überdies deshalb in Zweifel gezogen, weil es sich im Vergleich zu den gewachsenen nationalen Vertragsrechtsordnungen, die durch lange Tradition, demokratisch gewählte Gesetzgeber und einen ausgereiften Bestand an Judikatur gekennzeichnet sind, um eine künstlich und schnell geschaffene Ordnung handelt[63]. Schließlich wird schon die weithin geteilte Annahme an sich, dass Rechtsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen, bestritten[64]. Vielmehr wird gerade in der rechtskulturellen Vielfalt ein Wettbewerbsvorteil erblickt, den man nicht leichtfertig aufs Spiel setzen sollte[65].

Von diesen Einwänden halte ich das Zersplitterungsargument für das schwächste, macht doch eine zusätzliche, nämlich die einheitliche Vertragsrechtsordnung in Europa im Vergleich zu mehr als 27 bestehenden Vertragsrechtsordnungen nicht mehr viel aus und bringt sie einen erheblichen Mehrwert, weil alle sich mit ihr gleichermaßen als der juristischen *lingua franca* verständigen können[66]. Das Unmöglichkeitsargument ist eine Allzweckwaffe, weil Verständigung unter Menschen nie hundertprozentig möglich ist und unter Bedingungen kultureller Divergenz tendenziell noch unwahrscheinlicher wird. Es lässt sich praktisch dadurch widerlegen, dass diese Verständigung eben doch zu einem Grad geschieht, den die Beteiligten als lohnend empfinden. Das Argument mit dem freien Markt der Rechtsregeln klingt zunächst verlockend, doch kann an diesem Markt von vorneherein nur ein kleiner Kreis von Nachfragern effektiv teilnehmen, und sind gerade die, die effektiv teilnehmen können, in der Lage, sich durch vertragsautonome Gestaltung vom (überwiegend dispositiven) Vertragsrecht weitgehend unabhängig zu machen. Ganz ähnlich steht es mit dem Vielfaltsargument. Ich bin

---

Diskriminierungen und die Schaffung eines europäischen Zivilgesetzbuches, Arbeitsdokument, Reihe Rechtsfragen, JURI 103 DE (10/1999; erschienen Januar 2000), S. 125 f.

[62] Vgl. *Wiesner,* Zivilgesetzbuch (Fn. 53), S. 874.

[63] Vgl. hierzu insbesondere *Pierre Legrand*, Antivonbar, in: The Journal of Comparitive Law, 1st issue, S. 13 ff.

[64] Vgl. *Wiesner,* Zivilgesetzbuch (Fn. 53), S. 874.

[65] Zum Wettbewerb der Systeme vgl. ausführlich *Nicole Rosin,* Kompetenzabgrenzung und Kompetenzausübung in der Europäischen Union, 2003, S. 61 ff.; *Rupert Manhart*, Braucht Europa ein Einheitsprivatrecht? Eine ökonomische Analyse zur Vereinheitlichung der Vertragsrechte in Europa, in: Österr. AnwBl 2003, S. 588 ff.

[66] Vgl. *Hugh Beale*, The Future of the Common Frame of Reference, in: ERCL 2007, S. 257 (275).

vermutlich zu wenig Ökonom um es ganz ermessen zu können, aber wenn es auf das Argument vom freien Wettbewerb der Rechtsordnungen hinausläuft, stehen ihm die gleichen Bedenken entgegen. Damit bleiben die Zweifel daran, dass just der CFR, ein in kurzer Zeit unter Beteiligung weniger Personen und ohne demokratische Absicherung aus dem Boden gestampftes Vertragsrechtsinstrument, der Weisheit letzten Schluss darstellt. Diese Zweifel lassen sich zurzeit schwer ausräumen.

IV. Europäisierung der Vertragsrechtswissenschaft

In meinen Augen führen diese Überlegungen aber nicht zu dem Schluss, das Projekt CFR sei schädlich und aufzugeben. Denn sein möglicherweise größtes Verdienst ist es, dass es endgültig eine Europäisierung der Vertragsrechts*wissenschaft* eingeläutet hat[67]. Ein Vergleich mit den *Principles of European Contract Law* und den *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* gehört längst zum Standardrepertoire vertragsrechtlicher Untersuchungen.[68] Dabei geht es um weit mehr als nur um blanke Ergebnisse. Vielmehr geht es um Strukturen, um Begrifflichkeiten, um Denkmuster, und auch um Sprache. Es geht darum, wie man den Rechtsstoff gedanklich gliedert – etwa ob man unwillkürlich nach einem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts sucht oder dessen Entbehrlichkeit erkennt. Es geht darum, was man für unantastbare dogmatische Errungenschaft hält – so muss in einem europäischen Prozess etwa der Engländer auf *consideration*, der Franzose auf *cause* und der Deutsche auf sein Abstraktionsprinzip verzichten. Oder es geht darum, wie man Begründungslasten verteilt – ein fortbestehender Erfüllungsanspruch ist etwas anderes als ein *remedy of specific performance*. Europäisierung der Vertragsrechtswissenschaft bedeutet nach alldem Erweiterung des wissenschaftlichen Horizonts, geistige Flexibilisierung, Verbesserung der Dialogfähigkeit und erhöhte Kompetenz zum Auffinden kompromissfähiger Lösungen.
Ich will es aber nicht bei dieser einseitigen Hymne auf eine gemeineuropäische Vertragsrechts- bzw. Privatrechtswissenschaft belassen. Was wir bei allem Enthusiasmus nicht aus den Augen verlieren dürfen, ist, dass sich die Wissenschaft, ihre Gegenstände, Methoden und Plattformen, bei diesem Prozess verändern werden. Ich möchte in diesem Zusammenhang nur drei Aspekte nennen.

Erstens: Was für Dienstleistungen allgemein gilt, gilt natürlich auch für die Wissenschaft: Mit einem Fall der rechtswissenschaftlichen Binnengrenzen in der

[67] Vgl. mit rechtshistorischen Betrachtungen ausführlich *Nils Jansen*, Traditionsbegründung im europäischen Recht, in: JZ 2006, S. 536 (539 ff.); *Brigitta Lurger*, The Coherence of European Contract Law and the Common Frame of Reference Project, in: 4. Europäischer Juristentag, Sammelband, 2008, S. 175 ff.; *Marieke Oderkerk*, The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research, in: ERCL 2007, S. 315 ff.; *Axel Flessner*, Der Gemeinsame Referenzrahmen im Verhältnis zu anderen Regelwerken, in: ZEuP 2007, S. 112 (116).

[68] Vgl. z.B. *Flessner*, Referenzrahmen (Fn. 67), S. 112 m.w.N.

Gemeinschaft steht der einzelne Wissenschaftler plötzlich nicht nur in Konkurrenz zu seinen nationalen Kollegen, sondern in Konkurrenz zu den Kollegen aus 27 Mitgliedstaaten. Nun pflegt Konkurrenz das Geschäft zu beleben und Leistung steigernd zu wirken. In jedem Fall wird aber eine Konzentrationswirkung eintreten, d.h. die absolute Zahl von Akteuren, die sich im wissenschaftlichen Diskurs zu einer Frage Gehör verschaffen können, wird drastisch abnehmen. Dafür erreichen sie dann auch eine viel größere Hörerschaft. Das Gleiche gilt natürlich für wissenschaftliche Publikationsorgane.

Zweitens: Die große Anzahl der Wissenschaftler, die sich – aus welchen Gründen auch immer – in einem europäischen Rechtsdiskurs nicht artikulieren kann, wird entweder von der wissenschaftlichen Bildfläche verschwinden und sich beispielsweise verstärkt der Lehre oder der Praxis widmen, oder in Subdiskurse ausweichen, die einer überschaubaren *scientific community* vorbehalten sind. Da sich Subdiskurse etwa im klassischen Vertragsrecht aber nicht beliebig eröffnen lassen, wird einerseits im Bereich der Dogmatik eine verstärkte Sektoralisierung eintreten, d.h. es wird Subdiskurse von Altersrecht bis Zahnarztrecht geben, und andererseits werden Grenzbereiche zu Nachbarwissenschaften erschlossen werden, was dann zu einem inflationären Anwachsen von „*law and* …"-Ansätzen führt. Wir kennen alle diese Phänomene aus den USA.

Drittens: Wenn eine effektive Verständigung über die Binnengrenzen hinweg stattfinden soll, muss sie sich gemeinsamer Sprachen bedienen. Dass das Englische hier zu den Favoriten zählt, ist kaum zu übersehen, und ob es daneben noch Raum für das Französische und Deutsche oder gar für andere Sprachen gibt, ist derzeit fraglich. Das bedeutet aber, dass der wissenschaftliche Diskurs künftig zu einem großen Teil von Nicht-Muttersprachlern geführt wird. Für wen das eine größere Gefahr darstellt, für das Englische oder für die verdrängten Rechtssprachen, sei dahingestellt. In jedem Fall stellt diese Entwicklung eine gewaltige Herausforderung dar auch und gerade für die akademische Ausbildung an den Universitäten.

V. Schluss

Das Vertragsrecht selbst ebenso wie die Wissenschaft vom Vertragsrecht stehen durch den Prozess der Europäisierung möglicherweise vor tiefgreifenden Umwälzungen. Diese Umwälzungen tragen in sich ein hohes Potenzial, den vertragsrechtlichen Diskurs zu beleben, freilich auch die Gefahr, ihn personell, sachlich und sprachlich zu verengen. Und dennoch: Wir sollten uns diesen Herausforderungen stellen, nicht weil man den Zug nicht mehr aufhalten könnte, sondern weil er meiner Überzeugung nach in die richtige Richtung fährt.

Über die ungarische Privatrechtskodifikation

Lajos Vékás

I. Ist eine Kodifikation auf nationaler Ebene noch zeitgemäß?

1. Gewiss war das 19. Jahrhundert das klassische Zeitalter der Privatrechtskodifikationen. In diesem Jahrhundert entstanden die großen Gesetzbücher, vom *Code civil* über das österreichische ABGB bis hin zum BGB und dem schweizerischen OR bzw. ZGB. Die Vereinheitlichung des Privatrechts innerhalb eines Nationalstaates war das politische Leitmotiv dieser Kodifikationen. Derselbe Grundgedanke führte auch zum ersten *Codice civile*; dieser spielte eine wichtige Rolle auch bei der Schaffung der verspäteten mittel- und osteuropäischen Kodizes in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts.

Logischerweise verlagerte sich der Hauptstrom der Kodifikationstätigkeit in der jüngsten Zeit auf eine gesamteuropäische Ebene. Die Europäischen Prinzipien des Vertragsrechts (PECL)[1] und die darauf basierenden gründlichen Arbeiten der

[1] Ole Lando/Hugh Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law (PECL) Parts I and II, The Hague/London/New York, 2000; Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann, Principles of European Contract Law (PECL) Part III, The Hague/London/New York, 2003, deutsche Ausgabe der Teile I-II, Text samt Motiven in: von Bar/Zimmermann (Hrsg.), Die Grun-

Study Group on a European Civil Code[2] mit dem Zweck der Schaffung eines „politischen“ bzw. „akademischen“ Gemeinsamen Referenzrahmen (CFR[3]) weisen eindeutig in diese Richtung.[4] Heute lässt sich aber die Frage noch nicht beantworten, auf welchem Weg (oder eher: auf welchen Wegen) das europäische Privatrecht (vor allem das Vertragsrecht) voranschreiten wird. Die neuen Mitgliedstaaten waren nach 1990 nicht in der Lage, die europäischen Entwicklungen abzuwarten. Sie waren viel mehr gezwungen, ihr Privatrecht grundlegend zu reformieren und den marktwirtschaftlichen Erfordernissen Genüge zu leisten.

2. Die grundlegenden Änderungen im Privatrecht der neuen mittel- und osteuropäischen Mitgliedstaaten in den 90er Jahren[5] haben deshalb auch die Frage nach der Neukodifikation auf nationaler Ebene aufgeworfen. Insbesondere in den baltischen Staaten[6] war diese Aufgabe unaufschiebbar, weil diese Staaten – als Teil der Rückerlangung ihrer Souveränität – sich von ihrem nach sowjetischem Muster erstellten sozialistischen Kodex schnellstmöglich trennen wollten. In *Estland* wurde das Privatrecht nach und nach in einzelnen Gesetzen kodifiziert und die entsprechenden Bestimmungen des für die übrigen Materien zunächst weiter gelten-

---

dregeln des Europäischen Vertragsrechts, München, 2002; den Text siehe auch in: Schulze/Zimmermann (Hrsg.), Basistexte zum Europäischen Privatrecht, Baden-Baden, 2002.

[2] Siehe dazu Christian von Bar, in: Peter Gottwald (Hrsg.), Festschrift für Dieter Henrich, Bielefeld, 2000, S. 1-11.

[3] Vgl. dazu Christian von Bar, Ein gemeinsamer Referenzrahmen für das marktrelevante Privatrecht in der Europäischen Union, in: Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Band 2, München 2004, S. 1217-1231; derselbe, Zur gegenständlichen Reichweite des Gemeinsamen Referenzrahmens, in: Borozowski/Kocot/Michałowska (Hrsg.), Towards Europeanisation of Privat Law, Essays in Honour of Professor Jerzy Rajski, Warszawa, 2007, S. 105- 119; Martijn W. Hesselink, A Technical ‚CFR' or a Political Code?, in: derselbe (Hrsg.), The Politics of a European Civil Code, The Hague, 2006, S. 3-8.

[4] Es arbeiten auch andere wissenschaftliche Gruppen in Europa an einem gemeinsamen Vertragsrecht: in Pavia die Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler [s. dazu Giuseppe Gandolfi (Hrsg.), Code européen des contrats – Avant-projet, Livre premier, Milano, 2001]; das Common Core Projekt (Trento Gruppe); die Society of European Contract Law (SECOLA); das Forschungsnetzwerk „Common Principles of European Private Law” im Rahmen des TMR-Programms der Europäischen Kommission [siehe dazu Reiner Schulze/Gianmaria Ajani (Hrsg.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts – Common Principles of European Private Law, Baden-Baden, 2003]; das Forschungsnetzwerk „Uniform Terminology for European Private Law” [siehe dazu Martin Ebers, Uniform Terminology for European Private Law – Ein neues Forschungsnetzwerk der Europäischen Union, ZEuP 11(2003), S. 185 f.].

[5] Siehe dazu Ginsburgs/Barry/Simons (Hrsg.), The Revival of Private Law in Central and Eastern Europe, The Hague, 1996; in: Norbert Horn (Hrsg.), Die Neugestaltung des Privatrechts in Mittelosteuropa und Osteuropa (Polen, Russland, Tschechien, Ungarn), München, 2002; Attila Harmathy, Zivilgesetzgebung in mittel- und osteuropäischen Staaten, ZEuP 6(1998), S. 553-563.

[6] Über die Vorteile eines kodifizierten Privatrechts heute siehe Karsten Schmidt, Die Zukunft der Kodifikationsidee: Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts, Heidelberg, 1985, S. 79; Reinhard Zimmermann, Codification: history and present significance of an idea (À propos the recodification of private law in the Czech Republic), European Review of Private Law 3(1995), S. 95-120. Die Gesetze der baltischen Staaten in deutscher Sprache siehe Brunner/Schmid/West (Hrsg.), Wirtschaftsrecht der osteuropäischen Staaten (WOS, Loseblattsammlung), Baden-Baden, Band IV/1 (Estland), Band IV/2 (Lettland und Litauen).

den Zivilgesetzbuchs vom 12. Juni 1964 schrittweise außer Kraft gesetzt.[7] In *Lettland* gilt wieder (mit Änderungen aus den 1990er und 2000er Jahren) das Vorkriegsgesetzbuch vom 28. Januar 1937. Mit dem Inkrafttreten der einzelnen Teile des BGB von 1937 traten die entsprechenden Bestimmungen des Zivilgesetzbuches der ehemaligen lettischen Sowjetrepublik außer Kraft.[8] In *Litauen* wurde am 18. Juli 2000 ein neues, umfangreiches bürgerliches Gesetzbuch verabschiedet.[9] In *Slowenien* werden – ähnlich wie in Estland – die einzelnen Teile eines ZGB nach und nach verabschiedet. Das Schuldrechtsgesetz vom 25. Oktober 2001 ist am 1. Januar 2002 in Kraft getreten.[10] Auch in anderen Ländern der Region wurden kodifikatorische Ergebnisse erzielt und sind noch immer rege Kodifikationsarbeiten im Gange: so z.B. neben Ungarn auch in *Polen*,[11] in der *Slowakei*,[12] und in *Tsche-*

---

[7] So im Sachenrechtsgesetz vom 9. Juni 1993; im Familienrechtsgesetz vom 1. Januar 1995; im Erbrechtsgesetz vom 1. Januar 1997; im Gesetz vom 26. September 2001 über die Schuldverhältnisse (Schuldrechtsgesetz) und zuletzt im – neuen – Gesetz über den Allgemeinen Teil des ZGB, welches das Gesetz vom 28. Juni 1994 ersetzt hat und am 1. Juli 2002 in Kraft getreten ist. Das Schuldrechtsgesetz in deutscher Übersetzung ist abgedruckt in: Brunner/Schmid/Westen (Hrsg.), Wirtschaftsrecht (Fn. 6), Band IV, IV 1b, S. 1-388. Das Einführungsgesetz zum Schuldrechtsgesetz, das Gesetz über den Allgemeinen Teil des ZGB sowie das Gesetz über internationales Privatrecht wurde am 5. Juni 2002 verabschiedet, womit diese Gesetze zum 1. Juli 2002 in Kraft traten. Damit galt die Zivilrechtsreform in Estland als abgeschlossen. Das schrittweise Inkrafttreten der genannten Gesetze machte jedoch die Beseitigung widersprüchlicher Bestimmungen notwendig. Dies geschah durch die Novellierung der Privatrechtsgesetze, welche am 27. Dezember 2003 in Kraft getreten ist. Vgl. dazu Harri Mikk, Zur Reform des Zivilrechts in Estland, Jahrbuch für Ostrecht 42(2001), S. 31-52; Triin Göttig, Estnisches und deutsches Leistungsstörungsrecht im Vergleich zum UN-Kaufrecht und den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts., ZfRV 47(2006), S. 138-152.

[8] Off. J. 1937, Nr. 5, Pos. 29. Die Wiedereinsetzung der Geltung ist durch das Gesetz vom 14. Januar 1992 „Über das Bürgerliche Gesetzbuch der Lettischen Republik" (Vedemosti Nr. 4-5, Pos. 50 von 1992) beschlossen worden. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens der einzelnen Teile dieses BGB wurde in Spezialgesetzen bestimmt, in denen auch die Übergangsbestimmungen enthalten sind. So wurde das Sachen- und das Erbrecht mit Wirkung vom 1. September 1992 (Gesetz vom 7. Juli 1992), das Schuldrecht mit Wirkung vom 1. März 1993 (Gesetz vom 1. März 1993) und das Familienrecht mit Wirkung vom 1. September 1993 (Gesetz vom 25. Mai 1993) in Kraft gesetzt. Siehe dazu Lammich/Ušacka, Entwicklung des Rechtsystems Lettlands seit der Unabhängigkeitserklärung von 1990, ROW 39(1995), S. 65-71 (67).

[9] In Kraft seit 1. Juli 2001. Siehe dazu Valentinas Mikelenas, Unification and Harmonisation of Law and the Turn of Millennium: the Lithuanian Experience, Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme V(2000), S. 243-261; Ulrich W. Schulze, Das litauische Zivilrecht – Entwicklung, IPR und Allgemeiner Teil, WGO-MfOR 43(2001), S. 331-355.

[10] U. l. Nr. 83 vom 25. Oktober 2001, Pos. 4287. Siehe dazu Verica Trstenjak, Das neue slowenische Obligationenrecht, WGO-MfOR 44(2002), S. 90-110; vgl. auch Claudia Rudolf, WGO-MfOR 44(2002), S. 7. Neben dem Obligationengesetz von 2001 (U. l. Nr. 83 vom 25.10.2001, Pos. 4287) ist vor allem das Sachenrechtsgesetz von 2002 (U. l. Nr. 87 vom 17. Oktober 2002, Pos. 4360 in Kraft seit 1. Januar 2003) zu erwähnen. Zum letzteren siehe Matjaž Tratnik, Das neue slowenische Sachenrecht, WGO-MfOR 45(2003), S. 94-108; Rijavec/Domej, Slowenien: Sachenrechtsgesetzbuch, Textdokumentation mit Einführung, WiRO 12(2003), S. 148 ff. Einführende Literatur zur Transformation des slowenischen Zivilrechts: Verica Trstenjak, Zivilrecht in Slowenien, ZEuP 8(2000), S. 77-90.

[11] Zu den Reformen in Polen siehe Bogudar Kordasiewicz, International Encyclopaedia of Comparative Law, Volume I, National Reports, Poland, Tübingen, 2000, S. 157; derselbe: Änderungen im polnischen Zivil- und Handelsrecht, in: Horn (Hrsg.), Neugestaltung (Fn. 5), S. 55-83 (56 ff.); Jerzy Poczubut, Zur Reform des polnischen Zivilrechts, ZEuP 7(1999), S. 75-90.

chien.[13] Bis heute entstand eine ziemlich bunte Palette an Kodifikationen in der Region.

3. Das gültige ungarische Zivilgesetzbuch (ZGB) wurde 1959 zu einer Zeit der beinahe vollständigen Liquidierung des Privateigentums verabschiedet. Trotz der fachlichen Qualitäten dieses Gesetzbuches, die den mehreren Vorentwürfen aus der Vorkriegszeit und der anspruchvollen Arbeit der Kommission zu verdanken sind, haben die grundlegenden Änderungen nach der Wiedereinführung der Marktwirtschaft im Jahre 1990 den Kodex in vielerlei Hinsicht reformbedürftig, gar überholt werden lassen. Deshalb hat die Regierung im April 1998 den Beschluss gefasst, ein neues ZGB zu schaffen.[14]

II. Monistische oder dualistische Kodifikation?

1. Bei der Ausarbeitung der Konzeption zum neuen ZGB ist erneut auch die Diskussion darüber entfacht, ob der Gesetzgeber dem monistischen oder eher dem dualistischen Prinzip der Privatrechtskodifikation folgen sollte; mit anderen Worten, ob das Handelsprivatrecht, vor allem die Handelsverträge, innerhalb, als Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, oder in einem eigenständigen Handelsgesetzbuch (oder wie vor kurzer Zeit in Österreich in einem Unternehmensgesetzbuch[15]) geregelt werden sollten.

[12] Ján Lazar, Kodifikation und Europäisierung des slowakischen Privatrechts, in: Constanze Fischer-Czermak/Gerhard Hopf/Martin Schauer (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Wien, 2003, S. 229-231.

[13] Zur Reform des Zivilrechts in der Tschechischen Republik siehe Jiři Zemánek, Der Vorentwurf des neuen tschechischen ZGB im Blickwinkel des europäischen Verbraucherschutzrechts, in: Jürgen Basedow/Ulrich Drobnig/Reinhard Ellger/Klaus J. Hopt/Hein Kötz/Rainer Kulms/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen, 2001, S. 1089-1096; Arsène Verny, Die Entwicklung des Zivilrechts in der Tschechischen Republik, in: Horn (Hrsg.), Neugestaltung (Fn. 5), S. 89-110.

[14] Beschluss 1050/1998 vom 24. April 1998, geändert durch Beschluss 1061/1999 vom 28. Mai 1999, Beschluss 1009/2002 vom 31. Januar 2002 sowie durch Beschluss 1003/2003 vom 25. Januar 2003.

[15] Handelsrechts-Änderungsgesetz (NR: GP XXII RV 1058 AB 1078 S. 122. BR: AB 7388 S. 725.), BGBl., Teil I. – 27. Oktober 2005 – Nr. 120. Siehe dazu Martin Schauer, Zur Reform des österreichischen Handelsrechts – Kastners Vorschläge und die heutige Perspektive, GesRZ 2003, S. 3-8; derselbe, Grundzüge der geplanten Handelsrechtsreform, ecolex 2004, S. 4-8; derselbe, Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB., JBl 126(2004), S. 23-31; derselbe, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, ÖJZ 2006, S. 64-79. In der deutschen Rechtswissenschaft hat Karsten Schmidt die Theorie des „Außenprivatrechts der Unternehmen" ausgearbeitet, welches das bisherige Handelsrecht ersetzen sollte: Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts, Heidelberg, 1993; derselbe: Handelsrecht, Köln, 1999, § 3, 47 ff. Zu den gegensätzlichen Meinungen in der deutschen Literatur und zur Reaktion des Gesetzgebers in der Reform des HGBm (HRefG: Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften, v. 22.6.1998, BGBl. I, 1474-1484.) siehe: Jürgen Treber, Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht, AcP 199(1999), S. 525-590.

Ungarn hat im 19. Jahrhundert den damals üblichen letzteren Weg eingeschlagen. Das Handelsgesetzbuch (Kereskedelmi Törvény: Kt.) von 1875 hat – dem ADHGB folgend – einen Kaufmannsbegriff formuliert, die Handelsgesellschaften und die Handelsgeschäfte aus dem Gewohnheitsprivatrecht herausgetrennt und ein eigenständiges Handelsprivatrecht geschaffen. Es ist nicht verwunderlich, dass nach den großen gesellschaftlichen Veränderungen nach 1990 und der Wiedereinführung der Marktwirtschaft einige Juristen reflexartig eine ähnliche Kodifikation verlangten.[16] Diese Meinung hat natürlich auch nostalgische Gründe. Sie war aber auch nicht frei vom Einfluss des sozialistischen Wirtschaftsrechts und wurde von der ein Jahrhundert andauernden (allerdings Jahrzehnte in einem „Dornröschenschlaf" ruhenden) Wirkung[17] des Kt. von 1875 gestärkt. In diese Richtung deutet auch der Umstand, dass die im Wirtschaftsleben wichtigen Verträge nicht oder nur ungenügend geregelt waren und dass das Gesellschaftsrecht außerhalb des ZGB kodifiziert worden ist. Im Rahmen der konzeptionellen Überlegungen zum neuen ZGB sollte daher das Handelsprivatrecht nach der Ansicht einiger Autoren nicht mit einbezogen, sondern getrennt kodifiziert werden. Es wurde als eine modifizierte Fassung der handelsrechtlichen Gesetzgebung aus dem 19. Jahrhundert ein „Unternehmensgesetzbuch" vorgeschlagen.[18] Nach Diskussionen in der Literatur hat sich letztendlich eindeutig die Konzeption einer monistischen Kodifikation gegen ein separates HGB (mit Regeln über die Handelsverträge) durchgesetzt.[19] Das Recht der Handelgesellschaften[20] wird zwar, wie bisher[21], in einem separaten Gesetz geregelt, das sonstige Privatrecht (vor allem das gesamte Vertragrecht mit allgemeinen Regeln und den typischen Handelsverträgen) ist jedoch Regelungsgegenstand einer einheitlichen Privatrechtskodifikation geblieben. Für

[16] So etwa Péter Bárdos, A kereskedelmi jog alapjairól, Gazdaság és Jog 4 (1996), S. 13-17.Der Streit um ein eigenständiges Handelsrecht (Unternehmensrecht) ist auch im Zusammenhang mit anderen Themen geführt worden, siehe dazu László Kecskés, A civilisztikai és gazdasági jogalkotás irányairól (Über die verschiedenen Richtungen der zivil-und wirtschaftrechtlichen Kodifikation), Magyar Jog XXXVIII (1991), 199-204 (202ff); Tamás Sárközy, A társasági törvény felülvizsgálatáról (Über die Novellierung des Gesetzes über Handelsgesellschaften), Magyar Jog XXXVIII (1991), S. 416-418 (417f). Den entgegen gesetzten Standpunkt, mit Beispielen aus dem Ausland, siehe: Éva Domján, A polgári jog és a kereskedelmi jog szerkezetéről (Über die Struktur des Privat- und des Handelrechts), Magyar Jog XXXVIII (1991), S. 751-755; sowie Lajos Vékás, Szükség van-e kereskedelmi magánjogra? (Ist ein Handelsprivatrecht separat zu kodifizieren?), Magyar Jog XLV(1998), S. 705-714.

[17] Viele Teile des HGB von 1875 waren – allerdings größtenteils nur formell – auch während der sozialistischen Periode in Kraft.

[18] Zur Konzeption eines „Unternehmensprivatrechts" in Ungarn siehe Tamás Sárközy, A Kereskedelmi Törvény esetleges koncepciója (Eine mögliche Konzeption zu einem Handelsgesetzbuch), Gazdaság és Jog 7(1999), S. 3-6.

[19] Konzeption und Thematik zur Neukodifizierung des Privatrechts: Regierungsbeschluss Nr. 1003/2003 vom 17. Januar 2003.

[20] Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bleibt weiterhin im ZGB geregelt.

[21] So das Gesetz Nr. VI aus dem Jahre 1988, genauso das Gesetz Nr. CXLIV aus dem Jahre 1997 sowie das Gesetz Nr. IV aus dem Jahre 2006 (in Kraft seit dem 1. Juli 2006). Im ungarischen Gesellschaftsrecht hat das gültige ZGB für die Handelsgesellschaften eine subsidiäre Geltung (§ 9 Abs. 2 des Gesetzes Nr. IV vom 4. 1. 2006 über Wirtschaftsgesellschaften), die auch im neuen ZGB beibehalten werden wird.

diese Lösung sprachen sowohl die historischen Erfahrungen als auch die Lehren der Rechtsvergleichung.[22]

2. Als erste von den modernen Rechtsordnungen hat das *schweizerische Obligationenrecht* von 1881 die Trennung von Privatrecht und Handelsrecht aufgegeben. Die Idee des *Code unique* stammte von *Walther Munzinger,* dem Schöpfer des Entwurfs des OR. Wie den im Jahre 2000 veröffentlichten Materialien zum schweizerischen Handels- und Obligationenrecht[23] zu entnehmen ist, wollte man auch in der Schweiz zuerst lediglich ein Handelsgesetzbuch erschaffen. Dieses Kodifikationsprojekt wurde jedoch bald auf das gesamte Obligationenrecht ausgedehnt und zwar, anders als in Deutschland, „nicht als ein Zusatzprogramm“, sondern von Anbeginn als eine Ausweitung des bereits laufenden Vorhabens auf eine beide Rechtsgebiete vereinigende Kodifikation”.[24] Ausschlaggebend war bei dieser Lösung *Munzingers* Gutachten von 1862. Er ging von der folgenden These aus: „Rein theoretisch aufgefasst ist die Ablösung des Handelsrechts vom allgemeinen Civilrecht ungerechtfertigt.” Es wird „weder dem Nationalökonomen noch dem Juristen je gelingen, Handelsrecht und Civilrecht theoretisch exakt von einander auszuscheiden”. *Munzinger* hat auch seinen Entwurf zu einem „Schweizerischen Obligationenrecht” 1871, also Jahre vor der Verfassungsrevision von 1874, die eine Bundeskompetenz für Privatrechtssetzung geschaffen hat, vorgelegt. [25] Mit berechtigtem Stolz stellt heute *Eugen Bucher* fest, dass diese „Novität”, die „lange Zeit eine helvetische Besonderheit blieb” und „in der Schweiz seit Munzinger selbstverständlich ist”, „niemals irgend welche Nachteile hat erkennen lassen”.[26]

---

[22] Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Analyse des eigenständigen Handelsrechts siehe bei Peter Raisch, Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem des 19 Jahrhunderts, Stuttgart, 1962; derselbe, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe, 1965; Wolfram Müller-Freienfells, Zur „Selbstständigkeit“ des Handelsrechts, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, München, 1978, S. 583-621. Es ist hier zu erwähnen, dass es auch in der „Hochkonjunktur“ der selbständigen Handelsgesetze Ausnahmen gab: der Codice civile des Herzogtums von Parma, Piacenza und Guastalla aus dem Jahre 1820 und genauso der Codice civile von Modena aus dem Jahre 1851 sind dem monistischen Konzept gefolgt. Vgl. dazu Gábor Hamza, Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn, Budapest, 2003, S. 192.

[23] Urs Fasel (Hrsg.), Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien, 2000. Vgl. dazu Eugen Bucher, Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz, ZEuP 11(2003), S. 353-374.

[24] Bucher, Entwicklung (Fn. 23), S. 356.

[25] Fasel, Materialien (Fn. 23), S. 17-71, (25). Munzinger wollte seinen Standpunkt sogar auch mit der – in Wirklichkeit nicht existierenden – identischen deutschen Auffassung „untermauern“: a.a.O., S. 30, vgl. Bucher, Entwicklung (Fn. 23), S. 362 ff. Die bis heute allgemein vertretene Ansicht [siehe etwa zuletzt Martin Schauer, Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB? in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), ABGB (Fn. 12), S. 137-156 (148)], die durch die Verfassungsbestimmung von 1874 ermöglichte Bundesgesetzgebungszuständigkeit hätte in der Schweiz zu einem monistischen System geführt, ist also in dem hier verfeinerten Sinne zu verstehen. Vgl. Bucher, Entwicklung (Fn. 23), S. 356.

[26] Bucher, Entwicklung (Fn. 23), S. 364.

Ganz im Sinne *Munzingers* argumentierte zwanzig Jahre später der herausragende ungarische Rechtsgelehrte *Béni Grosschmid*.[27] Er hat 1884 aus dem Beispiel des schweizerischen Obligationenrechts die Lehre gezogen und darauf hingewiesen, dass es für die Trennung des Handelsrechts vom übrigen Privatrecht keine solchen Gründe gebe, die unbedingt mit der Natur des Handels oder des Handelsrechts zusammenhingen. Deshalb könne man bei einer solchen Trennung nicht von inneren, absoluten, sondern nur von äußeren, relativen, konkreten und historischen Gründen sprechen.[28] Die Abgrenzung des Handelsrechts vom übrigen Privatrecht beruhe auf einem gewissen Positivismus und sei willkürlich. Daraus folge, dass in der Praxis ähnliche Sachverhalte zum Teil zu sehr verschiedenen Rechtsgebieten gehörten, nämlich einerseits zum Handelsrecht, andererseits zum „normalen Privatrecht", wobei im Einzelfall die Abgrenzung zwischen beiden Gebieten ziemlich schwierig sei. All dies gefährde die Rechtssicherheit.[29] *Grosschmids* Meinung nach gebe es keine Hindernisse im Wege einer Vereinheitlichung der beiden Rechtsgebiete, falls man solche Regeln schaffen würde, die auch den Ansprüchen des Handelsverkehrs entsprächen.[30]

3. Das 20. Jahrhundert zeigte eindeutig den Prozess der Zurückdrängung der eigenständigen handelsrechtlichen Kodifikationen und der Integration handelsrechtlicher Regelungen in das allgemeine Privatrecht. Die ehemals separaten Handelsgesetzbücher wurden in Italien in den *Codice civile* (1940/1942)[31] und zuletzt in den Niederlanden in das *Burgerlijk Wetboek* vom Jahre 1992[32] integriert. Auch die neuesten Entwicklungen im Handelsrecht machen deutlich, dass der Inhalt der klassischen Handelsgesetzbücher zusammengeschrumpft ist bzw. mit neuen Materien ergänzt wird. So wurde beispielsweise das deutsche HGB mit dem Bilanzrecht „aufgefrischt". Diese Entwicklungen beweisen, dass, solange die Rechtsgeschäfte im Unternehmensbereich im „allgemeinen" Privatrecht geregelt werden können, es keinen Grund für ein Sonderprivatrecht für Kaufleute gibt.

---

[27] Sein Neffe, der weltberühmte ungarische Schriftsteller, hat die Persönlichkeit von Grosschmid in einem literarischen Porträt verewigt. Siehe Sándor Márai, Bekenntnisse eines Bürgers, Berlin/Sankt Petersburg, 1999, Kapitel 2.

[28] Béni Grosschmid, A kereskedelmi jognak különválásáról (Über die Verselbstständigung des Handelsrechts), in: Magánjogi tanulmányok, Budapest, 1901, S. 719-725, (723).

[29] ebd., S. 724.

[30] ebd., S. 725.

[31] Mario Rotondi, Entstehung und Niedergang des autonomen Handelsrechts in Italien, AcP 167 (1967), S. 29-63.; derselbe, L' unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie, Rev. trim. dr. civ. 67(1968), S. 1-24.

[32] Die ersten beiden Bücher (Buch I.: Personen und Familienrecht bzw. Buch II.: Juristische Personen) sowie der größte Teil des Buches VIII. über das Transportrecht des seit 1947 in Vorbereitung befindlichen Gesetzbuches sind bereits 1970, 1976 bzw. 1991 in Kraft getreten. Am 1. Januar 1992 sind dann das Buch III. (Allgemeines Vermögensrecht), das Buch V. (Sachenrecht), das Buch VI. (Allgemeines Schuldrecht) sowie einige Titel des Buches VII. (Einzelne Vertragstypen) in Kraft getreten. Die Bücher VII. und VIII. werden kontinuierlich ergänzt. Das Buch IV. (Erbrecht) ist erst am 1. Januar 2003 in Kraft getreten. Es sind außerdem noch Bücher über das Urheber- und Patentrecht sowie über das Internationale Privatrecht geplant.

Aus den neuen Mitgliedstaaten haben sich nur die damalige Tschechoslowakei (HGB von 1991[33]) und Bulgarien (HGB in drei Teilen: 1991, 1994, 1996) für eine umfangreiche, auch das gesamte Vertragsrecht beinhaltende Handelsrechtsgesetzgebung entschieden. Das tschechoslowakische HGB enthält allgemeine Vertragsregeln und Vorschriften für die einzelnen Handelsvertragstypen.[34] Diese dualistische Struktur der Regelung des Zivilrechts könnte sich allerdings nach der Verabschiedung eines geplanten neuen bürgerlichen Gesetzbuches in Tschechien (und wahrscheinlich auch in der Slowakei) grundsätzlich ändern. Dann nämlich soll das HGB von Doppelregelungen im Hinblick auf das bürgerliche Gesetzbuch bereinigt und dessen Geltungsbereich hauptsächlich auf das Gesellschafts- und Unternehmensrecht beschränkt werden.[35] Im bulgarischen Handelsgesetzbuch regelt der dritte Teil (vom 27. September 1996) das Vertragsrecht: allgemeine Bestimmungen für den Vertrag (Artt. 286-317) und die wichtigsten Handelsverträge (Artt. 318-599).[36] Das HGB Estlands von 1995 enthält die grundlegenden Vorschriften für das Einzelunternehmen und die Handelsgesellschaften sowie das Handelsregister, nicht hingegen ein Sondervertragsrecht für Kaufleute oder Unternehmer. Hierzu gehört auch das Litauische Bürgerliche Gesetzbuch von 2000, welches – ähnlich wie seine Vorbilder aus Italien und den Niederlanden – dem monistischen Prinzip folgt und dem HGB von 1995 nur wenig Raum für vertragsrechtliche Bestimmungen übrig lässt.[37] In Polen, genauso wie in Ungarn, wurde die strukturelle und zum Teil auch die inhaltliche Einheit des Vertragsrechts auch vor 1990 erhalten und – im Gegensatz zu der ehemaligen Tschechoslowakei und der ehemaligen DDR – das „sozialistische Wirtschaftsrecht“ nicht separat kodifiziert. In Polen ist nach der Wende zuerst als eine Übergangslösung teilweise das

[33] HGB: Gesetz Nr. 513/1991 SIG, in der Fassung des Gesetzes Nr. 370/2000. Kritisch dazu Anton Kanda, Zur Rekodifizierung des tschechischen Privatrechts, WiRO 12(1997), S. 441-443. Verny spricht dagegen über eine „in Tschechien schon traditionelle dualistische Konzeption“: Verny, Entwicklung (Fn. 13), S. 106 f.

[34] Es gibt allgemeine Regeln (§§ 261-408) sowie besondere Vorschriften für Warenkauf und ähnliche Verträge, Darlehen, Lizenzvertrag, Lagervertrag, Aufbewahrung, Werkvertrag, Auftrag, Kommission, Beförderungs- und Frachtvertrag, Handelsvertretervertrag, Bankverträge usw. (§§ 409-755).

[35] Verny, Entwicklung (Fn. 13), Zur ähnlichen Auffassung in der Slowakei siehe Ján Lazar, Kodifikation und Europäisierung des slowakischen Privatrechts, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), ABGB (Fn. 12), S. 229-231 (229 f.); siehe auch Zemánek/Paschke (Hg.): Das tschechische Privat- und Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des europäischen Rechts, Münster, 2004.

[36] Handelskauf (Artt. 318-341), Leasingvertrag (Artt. 342-347), Kommissionsvertrag (Artt. 348-360), Speditionsvertrag (Artt. 361-366), Beförderungsvertrag (Artt. 367-379), Versicherungsvertrag (Artt. 380-418), Bankgeschäfte (Artt. 419-454) sowie Wechsel (Artt. 455-538), Scheck (Artt. 539-562) und Lizenzvertrag (Artt. 587-599). Siehe: WOS, III/2: Bulgarien (I.), IV. 2a, S. 1-84. Im bulgarische Handelsgesetzbuch werden im ersten Teil (1991) die Kaufleute und die Handelsgesellschaften, im zweiten Teil (1994) das Insolvenz- und Konkursrecht geregelt. Vgl. hierzu Stoyan Stalev, Transformation der Rechts- und Wirtschaftsordnung Bulgariens, ZEuP 4(1996), S. 444-451 (447f.).

[37] Siehe dazu Valentinas Mikelenas, Unification and Harmonisation of Law at the Turn of Millennium: the Lithuanian Experience, Unif. L. Rev/Rev. dr. unif. V(2000), S. 243-261 (249). Das HGB vom 12. Januar 1995 (Off. J. 1995 Nr. 10, Pos 204) regelt jedoch auch einige Vertragstypen des Handelsrechts (Art. 18-43: Handelsvertreter, Handelsmakler, Handelskommissionär sowie Handelskauf).

Handelsgesetzbuch vom Jahre 1934 wieder belebt worden. In dessen Fassung wurden jedoch die Handelsgeschäfte nur in einem einzigen Artikel (Art. 531) behandelt. Von diesem mehrfach geänderten Gesetzbuch waren also praktisch nur noch die Vorschriften zu den Handelsgesellschaften in Kraft. Als 2001 ein neues Gesetz über das Gesellschaftsrecht in Kraft trat, wurde das alte Handelsgesetzbuch – wie eine Hülle ohne Inhalt – vollständig außer Kraft gesetzt.[38] Insgesamt kann festgehalten werden, dass die neuen Privatrechtskodifikationen Mittel- und Osteuropas eher in die Richtung der monistischen Kodifikationsstruktur gehen und vor allem eine Verdoppelung der Regelung im Vertragsrecht vermeiden wollen.[39]

Für ein integriertes Vertragsrecht sprechen auch die Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht. Verbraucherverträge sind gleichzeitig auch Unternehmerverträge. Nach der Auffassung von *Stefan Grundmann* etwa können die Verbraucherverträge als einseitige Unternehmerverträge qualifiziert werden.[40] Auf der anderen Seite sind in einigen traditionellen Handelsverträgen, wie beispielsweise in Transportverträgen, typischerweise auch Verbraucher involviert. Sollten die Verbraucherverträge in die Privatrechtskodifikation integriert werden, wie es von vielen Verfassern richtigerweise vorgeschlagen und inzwischen auch vom Gesetzgeber in zahlreichen Staaten praktiziert wird,[41] dann ist dies ein Grund mehr, das Handelsvertragsrecht nicht in einem separaten Gesetz zu regeln.

Freilich darf man die Bedeutung der kodifikatorischen Einteilung nicht überschätzen.[42] Gleichwohl ist ein Handelsgesetzbuch mit Sondervertragsrecht für Kaufleute oder Unternehmer heute nicht mehr zu empfehlen.[43]

---

[38] Gesetz vom 15. September 2000 (Dz. U. Nr. 94., 1037), in Kraft seit dem 1. Januar 2001.

[39] Vgl. hierzu auch Luboš Tichý, in: Zemánek/Paschke, Privatrecht (Fn. 35), S. 18 ff. Es ist hier zu erwähnen, dass auch die russische Privatrechtskodifikation in den 1990-er Jahren dem monistischen Prinzip gefolgt ist. Vgl. dazu Oleg Shadikov, Das neue Zivilgesetzbuch Russlands, ZEuP 4(1996), S. 259-272; ZeuP 7(1999), S. 903-919; E. A. Suchanov, Das Privatrecht in der modernen russischen Zivilgesetzgebung, in: Horn (Hrsg.), Neugestaltung (Fn. 5), S. 129-152.

[40] Stefan Grundmann, Generalreferat: Internationalisierung und Reform des deutschen Kaufrechts, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln/Berlin/Bonn/München, 2000, S. 281-321 (284 ff.); derselbe, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?, AcP 202(2002), S. 40-71 (68).

[41] Es sind vor allem das deutsche Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 11. Oktober 2001 und die umfangreiche Literatur zu dieser Reform zu erwähnen. In der geänderten Fassung des BGB finden sich nunmehr im wesentlichen unverändert auch die Regelungen der früheren verbraucherrechtlichen Spezialgesetze. Siehe außerdem in Österreich: Brigitta Lurger, Integration des Verbraucherrechts in das ABGB?, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), ABGB (Fn. 12), S. 110-136 (128 ff.); Ungarn: Vékás, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), ABGB (Fn. 12), S. 213-228 (221 ff.).

[42] So mit Recht Eugen Bucher, Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht: Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung, in: Festschrift Meier-Hayoz Band 1, Zürich, 1972, S. 1-14 (2 f., 12).

[43] Die Integration des Handelsgeschäftsrechts und der Normen für besondere (auch für die so genannte „modernen") Vertragstypen wird befürwortet bereits von Eichler, Die Einheit des Privatrechts, ZHR 126(1964), S. 181 ff. (197) und auch von Ernst Kramer, Handelsgeschäfte – eine

III. Das Verhältnis zum EG-Richtlinienrecht, insbesondere zum Verbrauchervertragsrecht

1. Trotz ihrer Unvollkommenheit haben die vertragsrechtlichen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften die Rechtsvereinheitlichung in einigen Gebieten gestärkt. Diese sind von den neuen Mitgliedstaaten in der Regel bereits vor ihrer EU-Mitgliedschaft in ihr Rechtssystem umgesetzt worden.[44] Die Umsetzung der Richtlinien hat auf den jeweiligen Rechtsgebieten zu einer Vereinheitlichung oder zu einer starken Annäherung innerhalb der ganzen Europäischen Union geführt.

Auch aus den bisherigen Erfahrungen mit den Umsetzungsmethoden in den Mitgliedstaaten kann man einige Schlussfolgerungen ziehen. Ich möchte diese Problematik am Beispiel der Umsetzung der Verbraucherrichtlinien veranschaulichen, weil sie alle das Vertragsrecht berühren. Noch dazu trifft die Klauselrichtlinie, und noch mehr die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, gerade den Kern des Vertragsrechts. Die bisherige Umsetzungspraxis in den neuen Mitgliedstaaten zeigt ein ähnlich buntes Bild, wie es anfangs in den alten Mitgliedsstaaten der Fall war. Was die strukturellen Lösungsmöglichkeiten betrifft, hat der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Verbraucherrichtlinien auch in Mittel- und Osteuropa drei Methoden – zum Teil parallel – angewandt. Es handelt sich um die Umsetzung

- in Einzelgesetzen,
- in einem Sondergesetz für Verbraucherschutz (Verbraucher- oder Konsumentenschutzgesetz) bzw.
- durch Integration in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Wo liegen die Vor- bzw. Nachteile dieser Umsetzungsmethoden?

a) Bei der in Einzelgesetzen erfolgten Umsetzung ist zwar die europarechtliche Herkunft der Regeln leichter zu erkennen, auch den daraus folgenden nötigen Konsequenzen (z.B. der einheitlichen Auslegungspflicht und der Vorabentscheidungspflicht) kann am einfachsten Rechnung getragen werden. Diese Methode führt jedoch zu einer Zersplitterung des Privatrechts. Deshalb ist diese Lösung, die lange Zeit die bevorzugte Methode war, für ein kodifiziertes Rechtssystem längerfristig nicht zu empfehlen.

b) Die zweite Methode fügt die privatrechtlichen Verbraucherrichtlinien in einem Sondergesetz für Verbraucherschutz zusammen. Diese Lösung entspricht den Transparenzerfordernissen des Verbraucherschutzes, vermengt jedoch Nor-

rechtsvergleichende Skizze zur rechtsgeschäftlichen Sonderbehandlung unternehmerischer Kontrahenten, in: Festschrift Ostheim, 1990, S. 299 ff. (319 ff.) sowie von Martin Schauer, Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB?, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), ABGB (Fn. 12), S. 152 ff.

[44] Siehe dazu Norbert Reich, Wandlungen des Rechts der vertraglichen Schuldverhältnisse in neuen Mitgliedstaaten unter dem Einfluss des EG-Rechts, in: Gert Brüggemeier (Hrsg.), Liber Amicorum Eike Schmidt, Heidelberg, 2005, S. 239-262.

men unterschiedlichen Charakters und nimmt gleichzeitig das heute so wichtige Gebiet des Privatrechts aus dem bürgerlichen Gesetzbuch heraus.

c) Die dritte Methode integriert die Richtlinien thematisch in das Bürgerliche Gesetzbuch und hebt damit den grundsätzlich privatrechtlichen Charakter der Richtliniennormen hervor. Sie wird der Einheit des Privatrechts am ehesten gerecht. Man muss aber gleichzeitig sehen, dass bei dieser Methode das Transparenzgebot zu kurz kommen kann. Der gemeinsame schwache Punkt der zweiten und der dritten Lösung besteht darin, dass der Gesetzgeber die europarechtliche Herkunft der Regelungen in irgendeiner Form eigens klarstellen muss, um damit ihre einheitliche Auslegung zu sichern.

Die Vorteile einer Integration ins Bürgerliche Gesetzbuch hat beispielsweise der ungarische Gesetzgeber (ähnlich wie der niederländische und der deutsche) bei der Umsetzung der Klausel- und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wahrgenommen. Trotz des privatrechtsfremden Charakters der Unabdingbarkeit der Regelungen für Verbraucherverträge und anderer Schwierigkeiten inhaltlicher und systematischer Art, wollte man derart wichtige Gebiete des Vertragsrechts wie die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen und den Verbrauchsgüterkauf nicht in einem Sondergesetz regeln, sondern diesen wichtigen Aspekt der sozialen Dimension im Privatrecht in dem Gesetzbuch selbst zum Ausdruck bringen. Anders jedoch als das deutsche Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat der ungarische Entwurf die vorübergehenden Detaillösungen in den anderen Verbraucherrichtlinien nicht aufgenommen, sondern in Sondergesetzen belassen.

Das neue Grünbuch der Kommission vom Februar 2007[45] mit seinen Alternativen gibt keine feste Grundlage für die nationalen Gesetzgeber. Es zeigt jedoch die Entschlossenheit der Kommission den gemeinschaftsprivatrechtlichen Verbraucherschutz neu zu orientieren. Im neuen ungarischen Zivilgesetzbuch werden wir es versuchen, die im Grünbuch in Aussicht gestellten Änderungen bei der Überprüfung des gemeinschaftlichen Verbrauchervertragsrechts vorwegzunehmen.

Über die allgemein bekannten Vorteile einer Kodifizierung hinaus bringt die Integration in das Gesetzbuch auch jenen zusätzlichen Vorteil, dass sich die ansonsten unvermeidlichen Widersprüche zwischen den Bestimmungen der einzelnen Richtlinien verringern. So werden etwa nicht unterschiedliche Fristen für das Rücktrittsrecht des Verbrauchers festgelegt, wie es gegenwärtig in den Richtlinien und in den umsetzenden nationalen Rechtsnormen immer wieder vorkommt. Ebenfalls können Probleme bei der Rechtsanwendung vermieden werden, die sich

[45] Grünbuch der Kommission zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz vom 8.2.2007, KOM (2006) 744. Vgl. Hans-W. Micklitz/Norbert Reich, Europäisches Verbraucherrecht – quo vadis?, VuR 22(2007), S. 121-130.

aus einer etwaigen Überschneidung der Regelungsbereiche der Richtlinien ergeben.[46]

Auch beim Einbau des Richtlinienrechts in ein nationales bürgerliches Gesetzbuch kann man zwischen zwei Möglichkeiten wählen. Man kann die Umsetzung auf Verbraucherverträge beschränken, d. h. die Richtlinie nur obligatorisch umsetzen. Diese Lösung verdoppelt gegebenenfalls die Regelung des betroffenen Vertrags (beispielsweise des Kaufvertrags) innerhalb des Gesetzbuches. Eine überobligatorische Integration hat dagegen augenfällige Vorteile. Vor allem können so die aus der Umsetzung der Richtlinie entstehenden Chancen zur Modernisierung des alten Rechts genützt werden. Der ungarische Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie versucht, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Der zwingende Charakter der Vorschriften zugunsten des Verbrauchers musste natürlich klar zum Ausdruck gebracht werden. Für das europarechtliche Erfordernis der einheitlichen Auslegung ist freilich auch bei einer überobligatorischen Umsetzung zu sorgen. Die einheitliche Auslegungspflicht obliegt zwar dem nationalen Richter nur bei Anwendung des Richtlinienrechts für Verbraucherverträge; die Einheit des nationalen Privatrechts macht jedoch die einheitliche Auslegung der überobligatorisch umgesetzten Normen auch bei Nichtverbraucherverträgen wünschenswert.

IV. Die Struktur des Entwurfs

Der ungarische Entwurf enthält keinen Allgemeinen Teil. Bereits der allererste umfangreiche Entwurf von 1900 hat einen solchen im Sinne des deutschen BGB abgelehnt und ist eher der Systematik des schweizerischen ZGB gefolgt. Dementsprechend regelt – nach einigen einführenden Bestimmungen über den Zweck und die Prinzipien des Gesetzes – das Erste Buch das Recht der Personen, welches auch ziemlich ausführliche Bestimmungen über die juristischen Personen enthält. Diese allgemeinen Regeln werden nicht nur auf die im Gesetzbuch selbst regulierten Vereine und Stiftungen, sondern auch auf die in einem Spezialgesetz[47] geregelten und weiterhin dort bleibenden Personen- und Kapitalgesellschaften als *lex generalis* angewandt. Nach dem Zweiten Buch über das Familienrecht und dem Dritten Buch über das Sachenrecht, folgt das Buch über die Schuldverhältnisse. In diesem Buch werden allgemeine Bestimmungen über die Schuldverhältnisse vorangestellt, die sowohl bei vertraglichen als auch bei gesetzlichen Obligationen zum Zuge kommen können. Dieser erste Teil des Vierten Buches enthält u. a. die Verjährungsvorschriften, Regelungen über die Mehrparteienverhältnisse und die Er-

[46] Dieses Problem wird treffend durch die im Urteil des EuGH 22.4.1999, Rs. C-423/97, Slg. 1999, I-2195 aufgetauchte Frage illustriert. In diesem Fall kollidieren die sachlichen Anwendungsbereiche der Haustürwiderrufs-Richtlinie und der Fernabsatzrichtlinie.

[47] Gesetz Nr. IV. vom 4. Januar 2006 über die Wirtschaftsgesellschaften.

füllung der Schuldverhältnisse. Die Normen des Vertragsrechts sind in zwei Teilen strukturiert worden. Die allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen gelten sowohl als *lex generalis* für die Vertragstypen im Besonderen Teil als auch für atypische Verträge. Ferner finden sie entsprechende Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte sowie – mangels besonderer Regelung – auf familienrechtliche und sachenrechtliche Verträge. Das Testament als einseitiges Rechtsgeschäft erfährt schließlich eine besondere Regelung im Fünften Buch über das Erbrecht.

Über die Zukunft der Unmöglichkeit im europäischen und ungarischen Zivilrecht

Zoltán Csehi

I. Rabel und die Kritik an der Unmöglichkeit im BGB

Ernst Rabel veröffentlichte seinen Vortrag, in dem er die Regelungen des damals erst seit sieben Jahren wirksamen BGB bezüglich der Unmöglichkeit scharf kritisierte, vor nunmehr 100 Jahren[1]. Rabel beschäftigte sich in vier weiteren Schriften gesondert mit den Unmöglichkeitsnormen des deutschen und österreichischen Privatrechts und den rechtsgeschichtlichen Ursprüngen dieser Regelungen[2]. Die Kritik Rabels lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Die Regelungen des BGB bezüglich der Unmöglichkeit stehen in Widerspruch zu der grundlegenden Regel der Schuldner-Leistungspflicht – insbesondere die Fälle des Unvermögens versprechen eine einfache Befreiung von der Leistungsverpflichtung.

[1] *Ernst Rabel*, Unmöglichkeit der Leistung, in: H.G. Leser (Hrsg.), Ernst Rabel Gesammelte Aufsätze, Bd. I, Arbeiten zum Privatrecht 1907-1930, 1965, S. 1-55.

[2] *Ernst Rabel*, Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, in: Leser, Aufsätze (Fn. 1), S. 56-78; *ders.*, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, ebenda, S. 79-102; *ders.*, Origine de la règle: „Impossibilium nulla Obligatio“, ebenda, Bd. IV, 1971, S. 105-135.

Die historischen Regeln der Unmöglichkeit haben gezeigt, dass deren ursprüngliche Bedeutung kein juristischer Begriff war, sondern aus der Philosophie, aus dem Kreis der Deutung der universalen Existenz in das Recht übernommen wurde: Unmöglich ist das Übermenschliche, unmöglich ist, was den Gesetzen der Natur widerstreitet, impedimentum naturale, im Objekt liegt. Wo hingegen nur die Fähigkeiten des Schuldners versagen, da spricht man von difficultas, von einem Hindernis.

Im System des BGB kam der Unmöglichkeit – mit Hilfe von Mommsen und Windscheid – eine zentrale Rolle zu. Deren Interpretation ist an mehreren Punkten problematisch: Wann kann sie als anfängliche Unmöglichkeit angesehen werden? Was ist der Unterschied zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen? - „Bei Unmöglichkeit kann überhaupt kein Mensch, bei Unvermögen wenigstens eine Person, nur gerade der Schuldner nicht, erfüllen."[3]

Bei der Beurteilung der Unmöglichkeit kommen mindestens drei Zeitpunkte in Frage: Erstens der Zeitpunkt der Urteilsfällung, zweitens der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit und drittens der Zeitpunkt ihrer Beendigung. Welcher Zeitpunkt soll maßgebend sein? – fragt Rabel.

Daran schließt sich die Frage nach der Zeitdauer der Unmöglichkeit an: es kann eine dauerhafte, anfängliche, nachträgliche, vorübergehende[4] usw. sein.

Aus welchen Gründen soll der Schuldner von seinen vertraglichen Verpflichtungen befreit werden? Nach Rabel geht dies aus dem BGB nicht klar hervor. Zusammenfassend: Der Grundgedanke des Gesetzes ist unbegründet, zum Teil nicht durchgeführt und zum Teil undurchführbar.

Die Gedanken und Analysen Rabels kristallisierten sich in seinen rechtsvergleichenden Analysen der Regeln über den Kauf weiter heraus[5]. Er stellte das common law und die Kategorie des Vertragsbruches des skandinavischen Kaufrechts aus dem Jahre 1905-1907 (Sale of Goods Act) in den Mittelpunkt des Systems „Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes – Projet d´une loi internationale sur la vente". Auf diese Weise wurde die deutsche Auffassung von der Unmöglichkeit und dem Unvermögen systemtheoretisch ausgeschaltet. An ihrer Stelle kam der zentralen Formulierung der „Nichterfüllung" eine größere Bedeutung zu, die sich auf sämtliche Vertragsbrüche erstreckte. „Die Lehre von der Nichterfüllung sollte wieder eine einzige ungeteilte Lehre sein", schrieb Rabel im Jahre 1937[6].

[3] *Rabel*, Unmöglichkeit (Fn. 1), S. 31.

[4] *Zoltán Csehi*, "A király megbetegedett": a szerződés lehetetlenül. Az idő dimenziója a lehetetlenülés körében - az időszakos lehetetlenülés problémája [„Der König ist krank geworden": der Vertrag wird unmöglich. Die Zeitdimension bei Unmöglichkeit – die Problematik der vorübergehenden Unmöglichkeit], in: Liber Amicorum E. Lontai, Budapest 2005, S. 37-52.

[5] *Ernst Rabel*, Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtvergleichende Darstellung, 1936 (Neudruck 1964).

[6] *Ernst Rabel*, Zu den allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge, in: Leser, Aufsätze (Fn. 1), Bd. III, 1967, S. 143.

Der Rabelsche Gedanke war tief verwurzelt und festigte sich als ein zentrales Element sowohl des Kaufabkommens von 1964 als auch des internationalen UN-Kaufrechts[7]. Von hier aus übte er seine Wirkung auf die Arbeiten aus, die die Vereinheitlichung des internationalen Vertragsrechts formulieren. Des Weiteren erscheint er im System der PECL, des Common Frame of References[8] und der Unidroit Principles, und von hier aus verwirklichte sich schließlich die Rabelsche Kritik – über einen gewissen Umweg – in der Schuldrechtsreform des BGB im Jahre 2002. Die Unmöglichkeit verlor ihre frühere zentrale Rolle im deutschen Leistungsstörungsrecht. Das ursprüngliche System des Leistungsstörungsrechts des BGB[9] veränderte sich[10]: Als zentrales Element trat die Pflichtverletzung in den Vordergrund; die Unmöglichkeit verlor an Bedeutung und wurde zu einem Mittel der Befreiung von der Leistungspflicht. Trotzdem kommen häufig Fälle vor, in denen die Unmöglichkeit eine entscheidende Rolle spielt, wie zuletzt für Warenlieferungsverträge während des Irak-Embargos[11].

II. Art. 79 UN-Kaufrecht

Der lange Weg hin zur deutschen Schuldrechtsreform ist wesentlich durch das UN-Kaufrecht geprägt. Die früheren Entwürfe des einheitlichen Kaufrechts enthielten eine Haftungsbefreiungsklausel wie Art. 85 des Entwurfs von 1956. Auf dieser Grundlage wurde im Abschnitt IV unter dem Titel „Befreiungen" folgender Art. 79 des UN-Kaufrechts geschaffen:

Art. 79 (Hinderungsrund außerhalb des Einflußbereichs des Schuldners)

(1) Eine Partei hat für die Nichterfüllung einer ihrer Pflichten nicht einzustehen, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflußbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und daß von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragabschluß in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.

Die Haftungsbefreiung hat drei kumulative Voraussetzungen:

---

[7] *Ole Lando*, Performance and Remedies in the Law of Contract, in: A.S. Hartkamp (Ed.), Towards a European Civil Code, Nijmegen 1994, S. 212.

[8] S. hierzu *Christian v. Bar*, Working Together Toward a Common Frame of Reference, in: Juridica International 2005, S. 17 ff.; *Axel Flessner*, Der Gemeinsame Referenzrahmen im Verhältnis zu anderen Regelwerken, in: ZEuP 2007, S. 112 ff.

[9] *Jan Wilhelm/Peter Deeg*, Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen, in: JZ 2001, S. 223 ff.

[10] *Claus-Wilhelm Canaris*, Das allgemeine Leistungsstörungsrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZRP 2001, S. 329 ff.

[11] *Claudia Bittner*, Zivilrechtliche Folgen von Handelsbeschränkungen. Die Auswirkung des Irak-Embargos für Warenlieferungsverträge, in: ZVglRWiss 93 (1994), S. 268 ff.; *Nicola C. Neumann*, Internationale Handelsembargos und privatrechtliche Verträge, 2001.

1. Hinderungsgrund außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners, d.h. ein objektives Leistungshindernis[12],
2. Unvorhersehbarkeit des Hinderungsgrunds und
3. Unvermeidbarkeit oder Unüberwindbarkeit des Leistungshindernisses.

Die Beweislast für die befreienden Leistungshindernisse obliegt dem Schuldner.
Die Rechtsfolgen der Haftungsbefreiung sind die folgenden:

- Befreiung des Schuldners von einer Schadensersatzhaftung;
- Art. 79 Abs. 5 lässt andere Rechtsbehelfe des Gläubigers wie Vertragsaufhebung (Artt. 49, 64, 72, 73)[13], Minderung (Art. 50), Zinsanspruch (Art. 78), Ausgleichsanspruch (Art. 84) und Aufwendungsersatzanspruch (Art. 85) unberührt. Das Zurückbehaltungsrecht und der Erfüllungsanspruch sind in der Literatur umstritten[14].
- Trotz der Haftungsbefreiung geht die Gefahr über.

Es handelt sich hierbei um eine dispositive Regelung, die im Schrifttum ausführlich kritisiert wurde.

Erwähnt werden muss, dass das UN-Kaufrecht bezüglich des *hardship* keinen gesonderten Abschnitt enthält. *Hardship* ist im Wesentlichen der Wegfall der Geschäftsgrundlage im wirtschaftlichen Sinne. Die Erfüllung des Vertrages wird infolge der Veränderung der Umstände für eine der beiden Parteien '*excesssively onerous*'. Für die „*duty to renegotiate*", also die Neuverhandlungspflicht, findet sich keine Regelung.

Das UN-Kaufrecht ist aber ein Meisterstück der Kompromisse. Es findet einen Kompromiss zwischen *common law* und kontinentalem Recht, sozialistischem und kapitalistischem Recht, kleinen, mittleren und großen Geschäften. Es konzentriert sich im Wesentlichen auf den grenzüberschreitenden Kauf.

III. Unmöglichkeit im europäischen Privatrecht

In welcher Weise durchdrang der Rabelsche Gedanke nun die europäische Gesetzgebung?[15]

Von einem Europäischen Vertragsrecht[16] können wir in engerem und weiterem Sinne sprechen. Im engeren Sinne sind darunter die bereits geschaffenen und

[12] *Alexander Lüderitz/Michael Dettmeier*, in: H.T. Soergel (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 13, 2000, Art. 79 CISG, S. 168.

[13] *Nina Freibung*, Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Ausschlußgründe, 2001, S. 249.

[14] *Christoph Brunner*, UN-Kaufrecht – CISG, 2004, S. 489 ff.; *Vincent Heuzé*., La vente internationale de merchandise, Paris 2000, S. 429 ff.

[15] *James Gordley*, Foundations of Private Law, Oxford 2007, S. 336 ff.

geltenden Regelungen des Gemeinschaftsrechts zu verstehen („*acquis principles*")[17], im weiteren Sinne beinhaltet das europäische Vertragsrecht sämtliche bereits veröffentlichten Wissenschaftsergebnisse, die der Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts dienen (*droit savant*). So erscheint es auch nicht zufällig, dass entlang des Rabelschen Pfades die Verbrauchsgüterkaufrichtline – also erneut der Kauf – derjenige Indikator war, der in zahlreichen Mitgliedsstaaten dazu führte, dass das nationale Vertragsrecht, insbesondere des Leistungsstörungsrecht, teilweise überdacht und reformiert wurde.

Zurzeit arbeiten am Gemeinsamen Referenzrahmen (Common Frame of Reference)[18] zwei Forschungs- oder Arbeitsgruppen: Die Study Group on a European Civil Code und die Acquis Group on Existing EC Private Law. Die Study Group formuliert die PECL auf Grund der rechtsvergleichenden Synthese verschiedener Rechtsordnungen mit dem Ziel und Zweck der Schaffung eines europäischen Zivilgesetzbuches. Die Acquis Group erstrebt die Verallgemeinerung von solchen „europäischen Normen" (in den einzelnen Mitgliedsstaaten), die die bereits bestehenden Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts und die Rechtsprechung beinhalten[19]. Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen im so aufgefassten heutigen europäischen Vertragsrecht wurde schon diskutiert[20], hingegen blieb die Unmöglichkeitslehre außer Betracht.[21] Die Unmöglichkeit wird verdrängt durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage, *hardship*[22].

1. Richtlinien

In der Richtlinien-Inselwelt des europäischen Rechts erscheint die Unmöglichkeit nur selten. Aus den Richtlinien werden hier nur die wichtigsten Verbraucherrichtlinien kurz zitiert.

---

[16] *Christien Joerges/Gert Brüggemeier*, Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl. 1999, S. 301 ff.; *Reiner Schulze*, Gemeinsamer Referenzrahmen und acquis communautaire, in: ZEuP 2007, S. 130 ff.; rechtsvergleichende Übersicht bei *Günter H. Treitel*, Remedies for Breach of Contract, Oxford 1991, S. 13 ff.

[17] Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Prepared by Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), 2007.

[18] *v. Bar*, Frame (Fn. 8), S. 17 ff.; *Flessner,* Referenzrahmen (Fn. 8), S. 112 ff.

[19] *Hans-W. Micklitz*, (Selbst-)Reflektionen über die wissenschaftlichen Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation, in: GPR 2007, S. 2 ff.

[20] *Ulrich Magnus*, Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference, in: ZEuP 2007, S. 260 ff.; *Fryderyk Zoll*, UN-Kaufrecht und Common Frame of Reference im Bereicht der Leistungsstörungen: Ein Beitrag aus der Perspektive der Acquis Group Gemeinsamen Referenzrahmen, in: ZEuP 2007, S. 229 ff.; *Ángel Carrasco Perera*, Nichterfüllung, Pflichterfüllung im Vertragsrecht, ein spanischer und europäischer Ansatz, in: ZEuP 2007, S. 552 ff.

[21] *Perera*, Nichterfüllung (Fn. 20), S. 556 f.

[22] *Magnus*, Recht (Fn. 20), S. 278.

a. Pauschalreiserichtlinie (90/314/EWG).

Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 6. b) ii enthält eine Haftungsbefreiungsregel für Fälle höherer Gewalt.

Art. 4 (6) Wenn der Verbraucher gemäß Absatz 5 vom Vertrag zurücktritt oder wenn der Veranstalter - gleich aus welchem Grund, ausgenommen Verschulden des Verbrauchers – die Reise vor dem vereinbarten Abreisetag storniert, hat der Verbraucher folgende Ansprüche:

a) Teilnahme an einer gleichwertigen oder höherwertigen anderen Pauschalreise, wenn der Veranstalter und/oder der Vermittler in der Lage ist, ihm eine solche anzubieten. Ist die angebotene Pauschalreise von geringerer Qualität, so erstattet der Veranstalter dem Verbraucher den Preisunterschied; oder

b) schnellstmögliche Erstattung aller von ihm aufgrund des Vertrages gezahlten Beträge.

In diesen Fällen hat der Verbraucher gegebenenfalls Anspruch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrages, die gemäß den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates vom Veranstalter oder Vermittler geleistet wird, es sei denn,

i) die Stornierung erfolgt, weil die Anzahl der Personen, die die Pauschalreise gebucht haben, nicht die geforderte Mindestteilnehmerzahl erreicht, und dem Verbraucher die Stornierung innerhalb der in der Beschreibung der Pauschalreise angegebenen Frist schriftlich mitgeteilt wurde oder

ii) die Stornierung erfolgt aufgrund höherer Gewalt, d. h. aufgrund ungewöhnlicher und unvorhersehbarer Ereignisse, auf die derjenige, der sich auf höhere Gewalt beruft, keinen Einfluß hat und deren Folgen trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht hätten vermieden werden können; hierzu zählt jedoch nicht die Überbuchung.

b. Fernabsatz-Finanzdienstleistungsrichtlinie (97/7/EG)

Art. 7 Abs. 2 der Fernabsatz-Finanzdienstleistungsrichtlinie befreit den Lieferer von der Erfüllung, wenn die Ware oder die Dienstsleistung nicht verfügbar ist.

Artikel 7 - Erfüllung des Vertrags

(1) Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, hat der Lieferer die Bestellung spätestens 30 Tage nach dem Tag auszuführen, der auf den Tag, an dem der Verbraucher dem Lieferer seine Bestellung übermittelt hat, folgt.

(2) Wird ein Vertrag vom Lieferer nicht erfüllt, weil die bestellte Ware oder Dienstleistung nicht verfügbar ist, so ist der Verbraucher davon zu unterrichten, und er muß die Möglichkeit haben, sich geleistete Zahlungen möglichst bald, in jedem Fall jedoch binnen 30 Tagen, erstatten zu lassen.

c. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG)

Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie regelt nur die „Schlechtleistung", die mit der Rechtsfolge Preisminderung oder Vertragsaufhebung und Schadensersatz sanktioniert wird. Bei Unmöglichkeit wird der Schuldner von den Pflichten zur Nachbesserung und zur unentgeltlichen Ersatzlieferung befreit.

Art. 3 Abs. (3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die

- angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte,
- unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und
- nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte, verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären.

Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muß innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.

d. Zahlungsverzugsrichtlinie (2000/35/EG)

Art. 3 Abs. 1, lit c) ii) enthält für die Haftung auf Verzugszinsen eine mildere Formulierung: Statt Unmöglichkeit befreit Unverschulden den Schuldner.

Artikel 3 - Zinsen bei Zahlungsverzug /.../

c) Der Gläubiger ist berechtigt, bei Zahlungsverzug Zinsen insoweit geltend zu machen, als er

i) seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt hat und

ii) den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, dass der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich ist.

Wie die einzelnen Richtlinien auch zusammengenommen kein einheitliches Recht ergeben, so ergeben auch die herausgegriffenen Regeln keine einheitlichen Regeln für die Unmöglichkeit. Nach der ausführlichen Untersuchung der Verbrauchsgüterkaufsrichtlinienumsetzung in Europa hat Hein-Peter Mansel das Ergebnis so zusammengefasst: Es gibt „*kein einheitliches Kaufrecht in Europa*"[23].

[23] *Heinz-Peter Mansel*, Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungsrechts: Kaufrecht in Europa nach der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, in: AcP 204 (2004), S. 396 (451).

Aus den Regeln des *acquis* tritt jedoch das Bild einer *strict liability* des Unternehmers zum Vorschein, in dem der Schuldner nur unter strengen Voraussetzungen von seinen Verpflichtungen befreit werden kann. Diese strenge Haftung wird auch von den wichtigeren Entwürfen für ein europäisches Bürgerliches Gesetzbuch widergespiegelt. Eine mildere Haftung findet man im *draft of the Acquis-Principles,* Fassung November 2007, in dem das Verschuldensprinzip vorgeschlagen wurde[24].

Zwei weitere Bemerkungen zum Richtlinienverständnis sollen hier kurz erörtert werden.

Nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofes haben die Mitgliedstaaten das Recht, die Richtlinien mit strengerer Haftung ins nationale Recht umzusetzen. In der Sache Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH gegen Troostwijk GmbH hat der EuGH in der Vorabentscheidung festgestellt: „33. Auch ohne eingehende Prüfung des mit der Richtlinie 84/450 erzielten Grades der Harmonisierung steht fest, dass die Mitgliedstaaten aufgrund von Artikel 7 dieser Richtlinie Bestimmungen aufrechterhalten oder erlassen dürfen, die einen *weiterreichenden Schutz der Verbraucher vorsehen*".

Ich bezweifele, dass vom Verbraucherrecht zum Bürgerlichen Recht ein direkter Durchgang besteht, die Regelung B2C oder B2B als P2P einfach umgesetzt werden kann. Andererseits ist es nicht zufällig, dass sowohl der internationale Kauf als auch der Verbrauchsgüterkauf die einzige einheitliche Regelung bietet. Der Kauf entwickelt sich als gemeinsame Sprache des Rechts auf internationale Ebene[25].

Die zweite Bemerkung betrifft die Aussage des Gerichtshofes in der Rechtssache C-237/02, Freiburger Kommunalbauten Baugesellschaft & Co. KG gegen Ludger Hofstetter, Ulrike Hofstetter, in welcher in dem Vorabentscheidungsverfahren über die Auslegung von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen die Rede war. Die Frage war, wer die einheitliche Festlegung des Haftungsniveaus feststellen sollte:

„Es ist Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob eine Vertragsklausel wie die, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, die Kriterien erfüllt, um als missbräuchlich im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 93/13/EWG des

[24] www.acquis-group.org; Stand: November 2007, Art. 8:401: Recht auf Schadensersatz

(1) Der Schuldner ist berechtigt, Ersatz für den ihm durch die Nichterfüllung einer Verpflichtung verursachten Schaden zu verlangen, es sei denn, diese Nichterfüllung ist entschuldigt.

(2) Die Nichterfüllung ist entschuldigt, wenn sie auf Umständen beruht, auf die der Schuldner sowie die von ihm für die Erfüllung dieser Verpflichtung herangezogenen Personen keinen Einfluss haben, sofern die Folgen dieser Umstände selbst dann nicht hätten vermieden werden können, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet worden wäre.

[25] *Michael Joachim Bonell*, The CISG, European Contract Law and the Development of World Contract Law, in: The American Journal of Comparative Law 56 (2008), S. 6, betont, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf der Basis des UN-Kaufrechts aufgebaut wurde.

Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen qualifiziert zu werden."

Eine einheitliche Rechtssprechung ist hier somit nicht zu erwarten[26]. Insofern kann keine einheitliche Haftungsbefreiung im Verbraucherrecht auf europäischer Ebene festgelegt werden.

2. Entwürfe zu einem Europäischen Bürgerlichen Gesetzbuch

In diesem Kreis müssen zwei bzw. drei Arbeiten erwähnt werden: a) Principles of European Contract Law – Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts („PECL"), sowie b) Common Frame of Reference („CFR"), und schließlich c) die auch über Europa hinausblickenden UNIDROIT Principles, 2004[27]. Das wissenschaftliche Werk der Gandolfi-Gruppe wird nicht erörtert werden[28]. Die betreffenden Regeln gehen im Wesentlichen auf das UN-Kaufrecht zurück[29].

Der Common Frame of Reference übernahm im Grunde eins zu eins die Vorschriften der PECL. Die PECL regeln diese Frage in drei Absätzen, der CFR in fünf, wobei es erstere zum Teil ergänzt. Im Folgenden werden die betreffenden Vorschriften des *droit savant* zitiert:

a. PECL[30]

Artikel 8:108: Entschuldigung aufgrund eines Hinderungsgrundes Art. 8:108 (ex 3.108)[31]

---

[26] Vgl. dazu das Urteil des Gerichtshofes (Fünfte Kammer) vom 25. April 2002 „Rechtsangleichung – Richtlinie 85/374/EWG – Haftung für fehlerhafte Produkte – Verhältnis zu den anderen Haftungsregelungen" in der Rechtssache C-183/00 betreffend ein dem Gerichtshof nach Art. 234 EG vom Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 Oviedo (Spanien) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit María Victoria González Sánchez gegen Medicina Asturiana SA vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Art. 13 der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ABl. L 210, S. 29). „Artikel 13 der Richtlinie 85/374/EWG … ist dahin auszulegen, dass die Ansprüche, die den durch ein fehlerhaftes Produkt Geschädigten nach dem Recht eines Mitgliedstaats aufgrund einer allgemeinen Haftungsregelung zustehen, die auf derselben Grundlage beruht wie die durch die genannte Richtlinie eingeführte Regelung, infolge der Umsetzung der Richtlinie in das innerstaatliche Recht des betreffenden Staates eingeschränkt sein können."

[27] *Michael Joachim Bonell*, UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, in: Rev.dr.unif. 2004-1, S. 5 ff.; *Bonell*, CISG (Fn. 25), S. 6; *Michael Joachim Bonell (ed.)*, A New Approach to International Commercial Contracts. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Den Haag u.a. 1999.

[28] *Giuseppe Gandolfi* (Coordinateur), Code Europeen des Contrats, Livre Premier, Mailand 2002.

[29] *Lando*, Performance (Fn. 7), S. 210.

[30] Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts – Stand: Oktober 2007.

[31] (1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(1) Eine Nichterfüllung durch eine Partei ist entschuldigt, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.

(2) Besteht der Hinderungsgrund nur vorübergehend, so wirkt die Entschuldigung aufgrund dieses Artikels nur für den Zeitraum, während dessen der Hinderungsgrund besteht. Sofern jedoch die Verzögerung eine wesentliche Nichterfüllung darstellt, kann der Gläubiger sie als solche behandeln.

(3) Die Partei, die nicht erfüllt, muss sicherstellen, dass eine Mitteilung des Hinderungsgrundes und seiner Auswirkung auf ihre Fähigkeit zu erfüllen der anderen Partei innerhalb einer angemessenen Zeit zugeht, nachdem die nicht erfüllende Partei diese Umstände kannte oder kennen musste. Die andere Partei kann Schadenersatz für alle Verluste verlangen, die sich daraus ergeben, dass ihr diese Mitteilung nicht zugegangen ist.

b. III. - 3:104 CFR (2007): Excuse due to an impediment[32]

(1) A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(2) Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, non-performance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.

(3) Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effected for the period during which the impediment exist. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.

(4) Where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished. In the case of contractual obligations any restitutionary effects of extinction are regulated by the rules in III. 3:511 to III. - 3:515 with appropriate adaptations.

(5) The debtor must ensure that notice of the impediment and its effect on the ability to perform reaches the creditor within a reasonable time after the deb-

(2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the obligee may treat it as such.

(3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice.

[32] Diese Klausel ist identisch mit III.-3:104 Draft Common Frame of Reference (DCFR), vgl. *Christian von Bar u.a. (Ed.)*, Principles, definitions and model rules of European private law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Interim Outline Edition, 2008.

tor knew or could be expected to have known of these circumstances. The creditor is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice.

c. Artikel 7.1.7 UNIDROIT - (Höhere Gewalt)

(1) Eine Nichterfüllung durch eine Partei ist entschuldigt, wenn sie nachweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hintergrund beruht und das von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluß in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Die Nichterfüllung auf einem auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftig.

(2) Besteht der Hinderungsgrund nur vorübergehend, so wirkt die Entschuldigung für einen Zeitraum, der im Hinblick auf die Wirkung des Hinderungsgrunds auf die Vertragserfüllung angemessen ist.

(3) Die Partei, die nicht erfüllt, hat der anderen Partei den Hinderungsgrund und Seine Wirkung auf ihre Fähigkeit zur Erfüllung anzuzeigen. Erhalt die andere Partei die Anzeige nicht innerhalb einer angemessenen Frist, nachdem die nicht erfüllende Partei den Hinderungsgrund kannte oder kennen musste, so haftet diese für den aus dem fehlenden Empfang entstehenden schaden.

(4) Dieser Artikel hindert eine Partei nicht, das Recht zur Aufhebung des Vertrages auszuüben oder die Leistung zurückzuhalten oder Zinsen für einen fälligen Geldbetrag zu fordern.

Wie aus dem Obigen ersichtlich, hat die Unmöglichkeit im europäischen einheitlichen Vertragsverständnis keinen eigenständigen Platz mehr, sondern sie ist nur ein Unterfall der Befreiung von den Rechtsfolgen der Nichterfüllung. Die wichtigsten Resultate kann man so zusammenfassen:

Es gibt keine gesonderte anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit.

Die anfängliche Unmöglichkeit führt nicht zu Nichtigkeit (in den PECL und UNIDROIT wird ausdrücklich festgestellt, dass der Vertrag gültig bleibt).

Die *force majeure* darf nicht auf das Verschulden einer der beiden Parteien zurückgehen.

Die Beweislast obliegt dem Schuldner, das „*impediment*" – der Hinderungsgrund - muss von ihm nachgewiesen werden.

Auch der Umstand des „*beyond its control*" muss vom Schuldner nachgewiesen werden – also das Vorhandensein eines Ereignisses/Geschehens außerhalb seines Tätigkeitsfeldes.

Der Schuldner wird nicht befreit, wenn er mit der notwendigen Umsicht mit dem Unvermögen hätte rechnen oder davon wissen müssen.

Im Falle des vorübergehenden Unvermögens, der Hinderung, erlöschen der Vertrag und die Vertragspflichten nicht.

Die Regeln des CFR weichen von den anderen beiden dahingehend ab, dass sie im Falle einer dauerhaften Unmöglichkeit das Erlöschen des Vertrages vorsehen; das PECL und das UNIDROIT gewähren dem Gläubiger ein *Kündigungsrecht, wenn die Nichterfüllung wesentlich ist.*

Die Rechtsfolge kann man so zusammenfassen: Das Erfüllungshindernis, welches den beschriebenen Voraussetzungen genügt, befreit die Partei, die nicht geleistet hat, von der Haftung. Haftungsbefreiung bedeutet in diesem Kontext, dass jede Form spezifischer Erfüllung unmöglich ist. Fraglich ist, ob der Vertrag weiter bestehen bleiben soll?

Sofern die Nichterfüllung wesentlich ist, hat der Gläubiger in verschiedener Weise das Recht, durch einseitige Erklärung zu kündigen (Art. 9:303 PECL).

Die Regeln der Mitgliedsstaaten unterscheiden sich vielleicht am ehesten in der Frage, aus welchen Gründen der Schuldner sich entschuldigen kann bzw. welcher Maßstab an dessen Entschuldigungsmöglichkeiten anzulegen ist. Auf der einen Seite steht die äußerst strenge französische, auf der anderen Seite die auch sonstige Befreiungsgründe anerkennenden deutschen, österreichischen, niederländischen, griechischen, italienischen, portugiesischen und spanischen Regelungen, bei denen die veränderten Umstände den Schuldner entschuldigen können (siehe Artikel 6:111 PECL: Change of Circumstances).

Die bisherigen Forschungen haben uns gezeigt, dass die europäische *acquis* Regel der Vertragsverletzung eine strenge Haftung darstellt: Erstens sind die vertraglichen Verpflichtungen um jeden Preis zu erfüllen und zweitens setzt eine einseitige Vertragsaufhebung eine wesentliche Nichterfüllung voraus (siehe Art. 8:104 PECL, Art. 48 I UN-Kaufrecht).

Der Fehler des UN-Kaufrechts für *specific performance* wurde behoben (Art. 9:102 II b) PECL und Art.7.2.2. b) UNIDROIT) und es hat besondere Vorschriften für den Erfüllungsanspruch erhalten.

Art. 9:102 II b) PECL lautet:

(2) Erfüllung kann jedoch nicht verlangt werden, sofern

(a) die Erfüllung rechtswidrig oder unmöglich wäre; oder

(b) die Erfüllung dem Schuldner unangemessene Anstrengungen oder Kosten verursachen würde; oder

(c) die Erfüllung in der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen persönlichen Charakters besteht oder von einer persönlichen Beziehung abhängt; oder

(d) die benachteiligte Partei die Leistung vernünftigerweise aus einer anderen Quelle erhalten kann.

Diese Vorschriften befreien von der Pflicht zur Erfüllung (*specific performance*). Der Schuldner wird aber nicht vollumfänglich aus dem Vertrag befreit, denn Schadensersatzansprüche bleiben unberührt.

Fraglich bleibt, ob die strenge Haftung der *lex mercatoria* auch für Privatpersonen geeignet ist.

IV. Ungarische Regelung

1. Derzeitige Regelung

Die obige Regelung entspricht viel eher den angelsächsischen und französischen Modellen als dem alten deutschen oder dem ungarischen Modell. Im ungarischen BGB findet man die Unmöglichkeit im Stiftungsrecht: § 74/E. Abs. 3 (Zweckverfolgung wird unmöglich), im Vertragsrecht (anfängliche Unmöglichkeit in § 227 Abs. 2; Nichtigkeit der unmöglichen Bedingung, § 228 Abs. 3; nachträgliche Unmöglichkeit, § 312 und § 399; Befreiung von Lasten wird unmöglich, § 370 Abs. 3; Kündigung des Darlehensvertrags wegen Unmöglichkeit, § 525 Abs. 1 lit. a), im Versicherungsrecht (§ 545 Abs. 1 u. 2; § 557) und im Erbrecht (Unmöglichkeit der Auflage, § 642 Abs. 2; unmögliche Bedingung im Testament, § 647 Abs. 1).

Das ungarische Recht übernahm die Regel der anfänglichen Unmöglichkeit[33] und sieht für den Fall der nachträglichen Unmöglichkeit das Erlöschens des Vertrages vor. Es erwähnt jedoch weder die subjektiv-objektiven, vorübergehenden, dauernden noch sonstigen Erscheinungsformen der Unmöglichkeit.

a. Unmöglichkeit der Leistung

§ 312 des ungarischen BGB regelt die Unmöglichkeit der Leistung nach dem Vertragsabschluss (nachträgliche Unmöglichkeit) wie folgt:

(1) Wird die Erfüllung aus einem Grund unmöglich, für den keine der Parteien verantwortlich ist, erlischt der Vertrag. Die Partei, der die Unmöglichkeit der Erfüllung zur Kenntnis gelangt, muss die andere Partei unverzüglich davon unterrichten. Für den aus dem Versäumen der Mitteilung entstehenden Schaden haftet die säumige Partei.

(2) Wird die Erfüllung aus einem Grund unmöglich, für den der Schuldner verantwortlich ist, kann der Gläubiger für das Ausbleiben der Erfüllung eine Entschädigung fordern.

(3) Wird die Erfüllung aus einem Grund unmöglich, für den der Gläubiger verantwortlich ist, wird der Schuldner von seiner Schuld befreit und kann die Erstattung seines Schadens fordern.

(4) Wird die Erfüllung von einer der alternativen Leistungen unmöglich, beschränkt sich der Vertrag auf die anderen Leistungen.

[33] § 227 Abs. 2: "Der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist nichtig."

(5) Ist für die Unmöglichkeit die nicht zur Wahl berechtigte Partei verantwortlich, kann die andere Partei unter der möglichen Leistung und den Folgen der Unmöglichkeit wählen.

(6) Wenn der Rest des Gegenstandes der unmöglich gewordenen Leistung im Besitz des Schuldners geblieben ist oder der Schuldner an Stelle des Gegenstandes der Leistung von einem anderen eine Entschädigung erhalten hat oder beanspruchen kann, kann der Gläubiger für einen verhältnismäßigen Teil der Gegenleistung die Überlassung des Restes bzw. die Abtretung der Entschädigung fordern.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen die einschlägigen speziellen Regeln des Werkvertrages im ungarischen BGB, die den Geist der französischen '*obligations de résultat*' aufleben lassen.

§ 399 - Wenn die Erfüllung aus einem Grund unmöglich wird, für den keine Partei verantwortlich ist und

a) der Grund des Unmöglichwerdens innerhalb oder außerhalb des Interessenbereichs beider Parteien aufgetreten ist, steht dem Unternehmer für die durchgeführte Arbeit und seine Kosten ein proportionaler Teil der Vergütung zu;

b) der Grund des Unmöglichwerdens im Interessenbereich des Unternehmers aufgetreten ist, kann er keinen Anspruch auf die Vergütung stellen;

c) der Grund des Unmöglichwerdens im Interessenbereich des Bestellers aufgetreten ist, steht dem Unternehmer die Vergütung zu, doch kann der Besteller die Summe abziehen, die der Unternehmer durch das Unmöglichwerden an Kosten eingespart hat und die er ferner in der frei gewordenen Zeit anderswo verdient hat oder ohne größere Schwierigkeit hätte verdienen können.

Welche soll aber die Grundlage der Regelung sein: Die '*obligation de résultat*' (*Erfolgspflicht)* oder die '*obligation de moyen*' (nur *Tätigkeistpflicht)*? Diese Frage muss nicht nur der ungarische, sondern auch der europäische Gesetzgeber entscheiden.

b. „Interessensbereich" des ungarischen BGB und „Einflussbereich" des UN-Kaufrechts

Die Frage ist, ob der Charakter der '*obligation de résultat*' oder der '*obligation de moyen*' bei Interpretation und Anwendung der Entschuldigungsregeln einen Platz finden soll oder nicht. Des Weiteren stellt sich die Frage, nach welchen Prinzipien die Risikoverteilung zu bestimmen ist?

Wie zu sehen ist, stellt das ungarische Recht im Falle des Werkvertrags nicht auf den Einflussbereich des Schuldners ab. Maßgeblich ist vielmehr der Interessenbereich, in welchem der Grund des Unmöglichwerdens aufgetreten ist. Falls er in den Bereich des Auftraggebers fällt, so ist der Unternehmer zur vollen Vergütung berechtigt. Dies ähnelt der Betriebsrisikoregel des § 615 S. 3 des deutschen BGB.

Ist dies nun Ausdruck einer Unmöglichkeitsvorschrift oder des Risikoverteilungsprinzips? Oder handelt es sich um zwei Seiten derselben Medaille? Gibt es einen Unterschied zwischen der Bedeutung des „Einflussbereichs" und des „Interessenbereichs"?

Nach der einschlägigen Rechtsliteratur zu Art. 79 des UN-Kaufrechts gehört Folgendes in den Kreis des Einflussbereichs:

Der Organisationsbereich des Schuldners gehört zu dessen Einflussbereich: „Der Organisationsbereich umfasst die Qualifikation des Personals, die technische Ausrüstung und die Verfügbarkeit finanzieller Ressourcen zur Absicherung von Produktionsabläufen und zur Beschaffung der erforderlichen Rohstoffe."[34] Zusätzlich ist auch eine wirtschaftlich vernünftige Ersatzleistung zu erbringen: Der Schuldner ist verpflichtet, erhebliche wirtschaftliche Erschwerungen auf sich zu nehmen[35].

Fraglich ist, ob und wie weit diese Haftungsbefreiung anzuwenden ist und ob die wirtschaftliche oder faktische Unmöglichkeit hiervon erfasst ist?

Soll sie mit anderen Worten die objektiven und subjektiven Gründe umfassen oder sich nur auf die objektive Unmöglichkeit beschränken? Bloße wirtschaftliche Schwierigkeiten können grundsätzlich keinen Befreiungsgrund darstellen. Dies wird nur in absoluten Ausnahmefällen anzunehmen sein, wenn die Schwelle zu einer wirtschaftlich unzumutbaren Belastung in erheblicher Weise überschritten wird. So reicht z.B. eine Steigerung des Weltmarktpreises um 13 % oder sogar 30 % nicht zur Befreiung. Unumstritten ist, dass an die wirtschaftliche Unmöglichkeit ein äußerst strenger Maßstab anzulegen ist[36].

Aus dem Schrifttum können hier folgende Ereignisse angeführt werden[37]:

Naturbedingte Ereignisse bilden einen Hauptanwendungsfall der Befreiung des Schuldners infolge höherer Gewalt. Hierzu zählen Erdbeben, Erdrutsche, Vulkanausbrüche, Zyklone, Blitzschläge, Sandstürme, Überflutungen, Feuer, Dürre, Frost, Schnee, Eis und Epidemien.

Ebenso sind politisch bedingte Ereignisse der Haftungsbefreiung zuzuordnen, beispielsweise Kriege, Kriegsmaßnahmen, Invasionen, Bürgerkriege, Tumulte, Rebellionen, innere, öffentliche oder politische Unruhen, Attentate, Guerilla- oder Sabotageakte, Revolutionen, Generalmobilmachungen, internationale Konflikte, Schließungen von Transportwegen oder auch Blockaden.

Hoheitliche oder behördliche Maßnahmen, wie nachträgliche gesetzliche Verbote, die Verbote durch Verwaltungsakte und die Versagung einer Bewilligung gehören ebenfalls zu den klassischen Fällen[38].

---

[34] *Tobias Plate*, Die Reichweite der Haftungsbefreiung nach Art. 79 UN-Kaufrecht, in: ZVglRWiss 106 (2007), S. 1 (5).

[35] *Plate*, Reichweite (Fn. 34), S. 5.

[36] *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 79 Rn. 22.

[37] Gemäß der Gliederung von *Boris R. Lautenbach*, Die Haftungsbefreiung im internationalen Warenkauf nach dem UN-Kaufrecht und dem schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1990, S. 105 ff.

Wirtschaftliche Ereignisse können auch ein Befreiungsgrund sein. Hierzu zählen Inflation, Konkurs, Arbeitsruhen, Streiks, Generalstreiks, Aussperrungen und Fabrikbesetzungen.

Auf der Grundlage des ungarischen Rechts gibt es zwischen „Einflussbereich" und Interessenbereich einen – zwar nur schwer nachweisbaren, sich aber aus dem unterschiedlichen Ansatz ergebenden – Unterschied. Aber beide bleiben im Rahmen der so genannten ‚Sphärentheorie'. Es stellt sich die Frage, ob nicht das gesamte Problem mit der einfachen Regelung der Gefahrtragung gelöst werden kann, so wie es die §§ 326, 446 f. und 644 des deutschen BGB regeln. Geht es nicht eher um die Frage der Risikoverteilung? Die Risikobereichseinteilungen und -zuweisungen sollten hier noch einmal durchdacht werden.

2. Entwurf eines neuen ungarischen BGB

Die Vorbereitungsarbeiten für das neue ungarische BGB laufen seit 1989. Bis zum 31. Dezember 2006 wurde die so genannte Version Null fertig gestellt. Der Entwurf behält im Grunde die derzeitigen Regeln und die bisherigen Ergebnisse der richterlichen Praxis bei.

Im März 2008 wurde die „Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn" veröffentlicht[39]. Die anfängliche Unmöglichkeit wurde in der Zwischenzeit gestrichen, die alte Regel von *impossibilium nulla est obligatio* ist auf der Grundlage des Art. 4:102 PECL, Art. 3.3 Unidroit und § 311a Abs. 1 BGB neu formuliert[40]. Der Redakteur der Expertenvorlage weist darauf hin, dass dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden solle, die Unmöglichkeit zu beheben, um den Vertrag zu erfüllen. Die Grundregel der nachträglichen Unmöglichkeit des heutigen ungarischen BGB (s.o. § 312) bleibt unberührt[41], vgl. § 5:139 der Expertenvorlage unter dem Titel: Scheitern der Erfüllung. Diese Vorschrift soll sowohl auf die anfängliche als auch auf die nachträgliche Unmöglichkeit angewendet werden. Die Sonderregelung des Werkvertrages wird in § 5:226 beibehalten. Dies ist damit zu begründen, dass der Werkvertrag eine Erfolgspflicht konstituiert und der Unternehmer das objektive Risiko bis zur Leistung des Werkes trägt[42].

Die ungarische Regelung weist darauf hin, dass die Regeln bezüglich des Unmöglichwerdens der Leistungspflicht (*non-performance)*, die für den Kaufvertrag modelliert wurden, nicht befriedigend sind. Das Abrechnungssystem der Parteien untereinander kann im Kreis der '*obligation de résultat*' vom System der '*obligation de*

[38] *Konrad Zweigert*, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, in: FS Heinrich Tietze, 1942, S. 283 ff. Zum Staatsnotstand BVerfG, Beschl. v. 8.5.2007, NJW 2007, S. 2610 ff.

[39] *Lajos Vékás (Hrsg.)*, Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez [Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn], Budapest 2008.

[40] *Vékás*, Expertenvorlage (Fn. 39), S. 780.

[41] Durch eine kleine redaktionelle Änderung wurde die Teilunmöglichkeit in einem neuen Paragrafen (§ 5:140) formuliert.

[42] *Istvan Kemenes*, in: Vékás (Hrsg.), Expertenvorlage (Fn. 39), S. 906.

moyen' abweichen, und zwar ganz einfach infolge der Größe und Nicht-Umkehrbarkeit der Aufwendungen, sowie des Schicksals des zum Teil erstellten Werkes.

Fazit 1

Aus dem eben Gesagten erwächst die Überzeugung, dass eine einheitliche europäische Lösung für die Regelung der Nichterfüllung (*non-performance)* möglich scheint. Die derzeitigen Ergebnisse entwuchsen der vor 100 Jahren formulierten Kritik Rabels und wurden im internationalen Handel zu allgemein anerkannten Grundsätzen. Die bisherigen europäischen Versuche zeigen jedoch, dass das auf dem grenzüberschreitenden Kauf aufbauende Vertragsverletzungssystem dem Boden des Verbraucherschutzes entwuchs, und diese beiden Rechtsbereiche – internationaler Handel und Verbraucherschutz – zwei außen liegende Pole des Privatrechts mit unterschiedlichem Akzent darstellen.

Während ersterer auf dem unbedingten Erzwingen der Erfüllung und der unbedingten und unerbittlichen Haftung für die übernommene Verpflichtung gründet, dient letzterer dem Schutz des schwächeren, manchmal leichtfertigen, manchmal aber nur unachtsamen Verbrauchers.

Die wirtschaftliche Unmöglichkeit bietet jedoch für Privatpersonen – auch bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen, man beachte in diesem Zusammenhang die Bürgschaftsentscheidung des BVerfG[43] – eine weiter gehende Entschuldigungsmöglichkeit für den nicht erfüllenden Schuldner als die strengen Gesetze des Geschäftslebens. Das führt zu der Frage, ob das Leistungsverweigerungsrecht in den Vertragsbeziehungen von Privatpersonen zu erweitern ist.

Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob die Lösung, die die Strenge des common law als Grundlage nimmt und die Erwartungen des internationalen Handels befriedigt, im Rahmen des bürgerlichen Rechts entsprechend anzuwenden ist, insbesondere in Ländern wie Ungarn, wo das Handelsrecht nicht gesondert geregelt ist[44]. Damit wird keine soziale Forderung aufgestellt, sondern die Beachtung der bedeutenden Abweichung zwischen dem internationalen Handelskauf einerseits und dem Verbrauchsgüterkauf andererseits eingefordert. Ich bezweifle, dass das Verständnis von der Unmöglichkeit im Handelsrecht – als letzte Entschuldigungsmöglichkeit – auf die Verhältnisse, die den Alltag der Privatpersonen regeln, angewandt werden kann und dass sie dazu geeignet ist.

Oder geht es um die Verteilung des Vertragsrisikos[45], die Frage der Preis-, Vergütungs- und Lastenübergangsgefahr? Übernimmt mit dem Vertragsabschluss

---

[43] BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993, 1 BvR 567/89, NJW 1994, S. 36 ff.

[44] *Zoltán Csehi*, Über die Atlantis-Insel des ungarischen Handelsrechts, Unordnung staatlicher Regulierung oder Freiheit für Unternehmen, in: H. Kohl/F. Kübler/C. Ott/K. Schmidt (Hrsg), Zwischen Markt und Staat. Gedächtnisschrift für Rainer Walz, 2008, S. 147 ff.

[45] *Rabel*, Recht (Fn. 5), S. 357.

nur eine Partei die Verantwortung für alles, was bis zur Schwelle zur höheren Gewalt geschehen kann? Die Leistungsgefahr wird vom Gläubiger, die Preisgefahr vom Schuldner getragen[46], sofern die Unmöglichkeit vor Fälligkeit eintritt. Aber auf Grundlage des Äquivalenzprinzips, d. h. aufgrund der objektiven vergleichenden Bewertung der beiderseitigen Risikoverteilung und der Wertverhältnisse der Leistungen[47] ist die Wertdifferenz auszugleichen. Mit der Bydlinskischen Idee sollte hier eine ausgleichende Gerechtigkeit angestrebt und die Gefahren und Lasten einerseits und der Nutzen (durch Gebrauchsmöglichkeit und Fruchtziehung) anderseits in Betracht gezogen[48] und eine risikoausgleichende Äquivalenz gebildet werden[49].

PECL (Art. 9:102 II lit. b und c)[50] und UNIDROIT Principles (Art. 7.2.2 lit b und c)[51] enthalten eine § 275 II, III des deutschen BGB ähnliche Regelung[52], der Schadensersatzanspruch aber bleibt unberührt.

Einen anderen Weg findet man bei der Weiterentwicklung des internationalen Vertragsrechts nach dem UN-Kaufrecht[53]. Art 79 des UN-Kaufrechts wurde so interpretiert, dass auch eine wirtschaftliche Unmöglichkeit einen Befreiungsgrund

---

[46] *Astrid Stadler*, in: Othmar Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, § 275 Rn. 35; *Wolfgang Ernst*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 275 Rn. 25 ff.

[47] *Franz Bydinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996, S. 184; *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil. 14. Aufl. 1987, S. 324 ff.; *ders.*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 45 ff.

[48] *Bydinski*, System (Fn. 47), S. 183.

[49] "[T]he grant of the injunction produced frustration in the true sense of that term. It had become unlawful to perform the work in a manner which would have complied with the requirement of the contract, a requirement well known to both parties. The fact that both parties to the contract had an understanding of the law which led them to believe that the performance of the contract on the three-shift basis could not be interfered with by any private or public litigant seeking to restrain a nuisance caused by the performance of the work, does not prevent the application of the doctrine of frustration." The Codelfa case approaches the limits of the doctrine of frustration – the situation in which the „benefit of the bargain" has deteriorated. Clearly this situation is one which is important in multimillion dollar international contracts, as even a small fluctuation in the value of a currency has the potential to cause huge losses, vgl. *Gabriel A. Moens/Lisa Cohn/Darren Peacock*, Australia, in: Bonell (ed.), Approach (Fn. 27), S. 43.

[50] Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts; Art. 9:102: "Nicht auf Geld gerichtete Verpflichtungen

(2) Erfüllung kann jedoch nicht verlangt werden, sofern …

(b) die Erfüllung dem Schuldner unangemessene Anstrengungen oder Kosten verursachen würde; oder

(c) die Erfüllung in der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen persönlichen Charakters besteht oder von einer persönlichen Beziehung abhängt."

[51] UNIDROIT Principles 2004, Art. 7.2.2: "Erfüllt eine Partei nicht, die zu einer anderen Lesitung als einer Geldzahlung verpflichtet ist, so kann die andere Partei Erfüllung fordern, es sei denn, (b) die Erfüllung oder, sofern erheblich, die Durchsetzung ist unzumutbar beschwerlich oder teuer; (c) die Partei mit Anspruch auf Erfüllung kann vernünftigerweise die Leistung aus anderer Quelle erlangen."

[52] *Canaris*, Leistungsstörungsrecht (Fn. 10), S. 330.

[53] *Ole Lando/Hugh Beale*, The Principles of European Contract Law, Dordrecht 1995, Art. 2:117, S. 112 ff.

bilden kann, der jedenfalls von einer Schadensersatzhaftung befreit[54]. Bei dem Wegfall der Geschäftsgrundlage geht es darum, „ob und wieweit ein im Vertrag nicht übernommenes Risiko wegen bestimmter nachträglich eingetretener Umstände gleichwohl zu tragen ist“[55]. Diese Regelung (*hardship*) basiert auf dem Gedanken, dass die Parteien zu Neuverhandlungen verpflichtet sind, wenn sich Vertragsumstände so wesentlich und unvorhersehbar verändert haben („*a fundamental change of the equilibrium of the contract*“[56]), dass die Vertragspflichten infolgedessen übermäßig belastend worden sind[57]. UNIDROIT (Art. 6.2.2) und PECL (Art. 6:111) enthalten solche Regeln und zeigen so sowohl den Vertragsparteien als auch den Gerichten und Schiedsrichtern neue Wege „*with much greater remedial flexibility*“ auf[58]. So haben sich durch den *hardship* die Prinzipienwerke des internationalen Vertragsrechts weiterentwickelt und für die Behandlung einiger Fälle der wirtschaftlichen Unmöglichkeit[59] einen neuen Anknüpfungspunkt ermöglicht[60]. Die Rechtsentwicklung kann auf diesem Weg eine neue Stoßkraft entwickeln.

Fazit 2

Wenn das Leistungsstörungsrecht die Unmöglichkeit nicht beinhaltet, verliert diese ihr Gewicht und besteht nur als Haftungsbefreiungsgrund fort.

Wenn die Haftungsbefreiung nur bei der Grenze der höheren Gewalt erfolgt, sind wir bei einem einheitlichen Haftungssystem angekommen. Die absolute Haftung, die mindestens einen Schadensersatzanspruch für negatives Interesse begründet, ist einerseits der Unmöglichkeit zuzuordnen, bei Delikten gilt andererseits die Gefährdungshaftung. Die Gefährdungshaftung ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Haftende beweisen kann, dass der Unfall entweder durch ein unabwendbares Ereignis oder durch höhere Gewalt verursacht worden ist. Der Schuldner eines Vertrages wird befreit, wenn die Nichterfüllung auf einem außerhalb seines Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht.

Die höhere Gewalt ist, wie wir von Rabel gelernt haben, das Übermenschliche, das nicht Kontrollierbare. Das Recht darf aber nicht eine übermenschliche Handlung von einem menschlichen Wesen verlangen.

[54] *Magnus*, Recht (Fn. 20), S. 278.

[55] *Gerhard Kegel*, Vertrag und Delikt, 2002, S. 172.

[56] *Dietrich Maskow*, Hardship und Force Majeure, in: The American Journal of Comparative Law 40 (1992), S 662.

[57] *Magnus*, Recht (Fn. 20), S. 278.

[58] *Roy Good/Herbert Kronke/Ewan McKendrick*, Transnational Commercial Law. Text, Cases, Materials, Oxford 2007, Rn. 14.55, S. 535.

[59] Über WGG und Unmöglichkeit *Helmut Köhler*, Unmöglichleit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1971, S. 197 ff.

[60] *Norbert Horn*, Neuverhandlungspflicht, in: AcP 181 (1981), S. 255 (262).

Internationale Transaktionen, Gesellschaften, die die Finanzmittel anderer Leute nutzen und bewirtschaften, stehen unter dem Druck des Übermenschlichen, hingegen nicht der durchschnittliche Bürger der Europäischen Union. So sollte das Unvermögen weiterhin ein Befreiungsprinzip bleiben, wie in § 275 Abs. 2 und 3 des deutschen BGB[61] normiert. Der Untergang der Unmöglichkeitslehre ist somit noch nicht als endgültig anzusehen. Die Unmöglichkeit ist – wie Schlechtriem formuliert – ein Wiedergänger[62], den das Leistungsstörungsrecht braucht, und der heute als „personale" Unmöglichkeit[63] begriffen wird.

[61] "§ 275 Ausschluss der Leistungspflicht:

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

(4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311 a und 326."

[62] *Peter Schlechtriem*, Die Unmöglichkeit – ein Wiedergänger, in: M. Coester (Hrsg.), FS Hans Jürgen Sonnenberger, 2004, S. 125 ff.

[63] *Willi Joachim*, „Personale" Unmöglichkeit – Die Zumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens, in: K.P. Berger (Hrsg.), FS Norbert Horn, 2006, S. 49 ff.

Reform des Gesellschaftsrechts in Europa und Deutschland – Amerikanisierung des Wirtschaftsrechts?

Gerald Spindler

I. Einleitung

Das Gesellschaftsrecht erlebt seit einigen Jahren eine stürmische Entwicklung, die zu einem guten Teil der zunehmenden Globalisierung der Wirtschaft geschuldet ist. Denn gerade Gebiete wie das Gesellschaftsrecht (oder wie das Kapitalmarktrecht), die im starken Umfang von der Entwicklung wirtschaftlicher Sachverhalte abhängen, diese ihrerseits aber auch wieder beeinflussen, reagieren wie ein Seismograph auf tiefgreifende Veränderungen und Erschütterungen des internationalen Wirtschaftsgefüges. Ein Übriges hat die Europäisierung des Rechts getan, indem nationale Inseln aufgebrochen und Einflüsse anderer Rechtsordnungen auf die europäische Harmonisierung, insbesondere der britischen bzw. angloamerikanischen Rechtstradition, spürbar wurden. Die früher bestehende Dominanz deutsch-französischen kontinentaleuropäischen Rechtsdenkens ist seit den Erweiterungen der EU in den 70er Jahren spürbar zurückgegangen und hat einer pragmatischen Herausbildung von Rechtsregeln Platz gemacht. Trotz dieser Europäisierung insbesondere des Gesellschaftsrechts ist der Einfluss des US-

amerikanischen Wirtschaftsrechts unverkennbar – und wird mediatisiert über die britische Rechtsordnung und deren common law-Tradition in die europäische Rechtsgebung hineingetragen. Der folgende Beitrag will daher einen kursorischen, keineswegs abschließenden Überblick über Tendenzen und Gegentendenzen in der Rezeption US-amerikanischen bzw. britischen Gedankengutes in das deutsche und europäische Gesellschaftsrecht geben. Obwohl es gewagt erscheint, können aus solchen Tendenzen Prognosen und Standortbestimmungen abgeleitet werden, die auch bei der Einbettung der „legal transplants“[1] in das kontinental-europäische Recht helfen können.

II. Reformen des Gesellschaftsrechts

Das deutsche Recht hat fast schon im Jahrestakt nach jahrzehntelanger Kontinuität Reformen des Aktien-, teilweise auch des GmbH-Rechts erlebt. Meilensteine solcher Entwicklungen sind etwa Gesetze wie das sog. KonTraG[2] und erst recht das UMAG[3], die nächsten Reformen in Gestalt des MoMiG stehen bereits kurz vor der Verabschiedung[4]. In allen Gesetzen, begonnen mit dem KonTraG, zeichnet sich die Tendenz ab, das Aktienrecht nicht mehr als reines Verbandsrecht zu begreifen, sondern als eine Klammer zwischen dem Recht „privater” Gesellschaften (closed shops) und börsennotierter Gesellschaften (public), die den Gesetzen des Kapitalmarktes unterworfen sind[5]. Die ehernen Grundsätze der Satzungs-

[1] Vgl. dazu *Holger Fleischer*, Legal Transplants im Europäischen Gesellschaftsrecht – eine Fallstudie am Beispiel fiduziarischer Geschäftsleiterpflichten, in: A. Söllner (Hrsg.), GS Meinhard Heinze, 2005, S. 177 ff.; *ders.*, Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, in: NZG 2004, S. 1129 ff., unter Verweis auf die rechtsvergleichenden Ursprung dieser Begriffsbildung.

[2] Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998, BGBl. I S. 786; vgl. zu den einzelnen Aspekten *Holger Altmeppen*, Die Auswirkungen des KonTraG auf die GmbH, in: ZGR 1999, S. 291 ff.; *Daniela Mattheus*, Die gewandelte Rolle des Wirtschaftsprüfers als Partner des Aufsichtsrats nach dem KonTraG, in: ZGR 1999, S. 682 ff.; *Albert A. Schander*, Der Rückkauf eigener Aktien nach KonTraG und Einsatzpotenziale bei Übernahmetransaktionen, in: ZIP 1998, S. 2087 ff.; *Daniel M. Weiß*, Aktienoptionsprogramme nach dem KonTraG, in: WM 1999, S. 353 ff.

[3] Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl. I 2802; vgl. dazu *Philipp Götz/Timo Holzborn*, Die Aktienrechtsreform durch das Gesetz für Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG, in: WM 2006, S. 157 ff.; *Timo Holzborn/Jan Bunnemann*, Änderungen im AktG durch den Regierungsentwurf für das UMAG, in: BKR 2005, S. 51 ff.; *Jens Koch*, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), in: ZGR 2006, S. 769 ff.

[4] Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BT-Drucks. 16/6140, S. 1 ff.; vgl. dazu im Überblick *Volker Römermann*, Der Entwurf des MoMiG – die deutsche Antwort auf die Limited, in: GmbHR 2006, S. 673 ff.; *Ulrich Seibert*, GmbH-Reform – Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, in: ZIP 2006, S. 1157 ff.

[5] Dazu demnächst *Walter Bayer*, 65. DJT (2008).

strenge im deutschen Recht[6] geraten in diesem Rahmen ebenfalls zunehmend unter Beschuss[7], was allerdings letztlich auch zu einer Erosion der gesellschaftsrechtlichen Differenzierungen zwischen AG und GmbH und zur Hinwendung zu einer Einheitsform der kapitalgesellschaftsrechtlichen juristischen Person führt (der corporation). Kennzeichnend für diese Entwicklung sind die Einführung von Satzungserleichterungen für die „kleine AG" mit dem KonTraG, umgekehrt die zunehmende Differenzierung zwischen börsennotierter und nicht börsennotierter Aktiengesellschaft, bei der der Gesetzgeber letztere weit weniger strengen Regeln unterwirft. Dies wirkt sich etwa auf die Zahl der notwendigen Aufsichtsratssitzungen (§ 110 Abs. 3 AktG) oder die Zulässigkeit von Höchststimmrechten aus (§ 134 Abs. 1 Satz 2 AktG)[8]. Allerdings sind auch etliche Reformen von dieser Entwicklung unberührt geblieben, etwa die Einführung einer echten Aktionärsklage in § 148 AktG durch das UMAG.

Auf europäischer Ebene hat das Tempo der Reformen erst in den letzten Jahren zugenommen[9], nachdem lange Zeit die ersten Gesellschaftsrichtlinien aus der Frühzeit der EU Bestand hatten, weitere Anläufe zu einer Harmonisierung jedoch an dem Widerstand der neu hinzugetretenen Mitgliedstaaten scheiterten, etwa die Verabschiedung von konzernrechtlich relevanten Richtlinien oder die Schaffung einer europäischen juristischen Rechtspersönlichkeit, der europäischen AG bzw. SE. Ein Durchbruch konnte hinsichtlich der europäischen SE erst erzielt werden, nachdem die Mitgliedstaaten sich auf einen Minimal-Kompromiss einigen konnten, der weitgehend die nationalen Rechte in die neue Rechtsform integriert[10]. Ähnliche Lösungen zeichnen sich für die europäische Privatgesellschaft als eine Art der europäischen GmbH ab[11].

Der Eindruck, dass die EU sich offenbar auf diese neuen europäischen Rechtsformen konzentriert, täuscht jedoch. Schon mit der Einsetzung der High

---

[6] Zur geschichtlichen, eher zufälligen Entwicklung *Gerald Spindler,* Die Entwicklung der Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge im deutschen Aktienrecht, in: W. Bayer/M. Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II, S. 995 ff. m.w.N.

[7] Dazu schon *Gerald Spindler*, Deregulierung des Aktienrechts?, in: AG 1998, S. 53 ff.; *Heribert Hirte*, Die aktienrechtliche Satzungsstrenge. Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht – Deutschland und Europa, ZGR-Sonderheft 1998, S. 61 ff.; vgl. jüngst auch *Claudia Pleßke*, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht: mehr Gestaltungsfreiheit für die kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaft, 2007.

[8] Für einen Überblick vgl. etwa *Michael Hoffmann-Becking*, in: ders. (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2007, § 2 Rn. 14; *Uwe Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl. 2006, § 3 Rn. 5.

[9] Vgl. zu den Perspektiven des europäischen Gesellschaftsrechts *Mathias Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2006, § 4 IV; vgl. auch *Peter Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2006, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 32 ff.

[10] Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Europäischen Aktiengesellschaft Heribert Hirte, Die Europäische Aktiengesellschaft, in: NZG 2002, S. 1 (1 f.); *Marcus Lutter*, in: ders./P. Hommelhoff (Hrsg.), SE-Kommentar, 2008, Einl. SE-VO Rn. 7 ff., mit umfangreichen Nachweisen.

[11] Für einen Überblick zum aktuellen Stand der Entwicklung der Europäischen Privatgesellschaft vgl. *Peter Hommelhoff/Christoph Teichmann*, Auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft (SPE), in: DStR 2008, S. 925 ff.

Level Expert Group zur Reform der Corporate Governance in Europa, die letztlich auch die verschiedenen nationalen Reformdiskussionen im Gefolge der Unternehmenskrisen widerspiegelt, hatte die Kommission begonnen, einen groß angelegten Aktionsplan zur Reform des Gesellschaftsrechts zu entwerfen. Die zahlreichen Vorschläge der High Level Expert Group, die von Fragen des Gläubigerschutzes über innerorganisatorische Rechtsprobleme, wie etwa der Internet-Hauptversammlung, bis hin zur Behandlung der Unternehmensgruppen (Pyramids) reichen[12], haben sich schließlich in dem „Action-Plan" der EU niedergeschlagen, der zwischen den einzelnen Rechtsinstrumenten differenziert, ob Verordnung, Richtlinie oder Empfehlung[13].

Der Aktionsplan kündigt dabei nicht weniger als 21 Maßnahmen an, von denen insgesamt 16 legislatorischer Art sind. Im Mittelpunkt stehen dabei vor allem Maßnahmen im Bereich der Corporate Governance und die Entwicklung eines „Europäischen Börsengesellschaftsrechts" in Form einer stärkeren Abstimmung des Gesellschafts- und des Kapitalmarktrechts. Als langfristiges Projekt nennt der Aktionsplan schließlich die Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzsystems für die Kapitalrichtlinie[14].

Einzelne Inhalte des „EU-Action-Plans" sind inzwischen in die Tat umgesetzt worden, etwa in Gestalt der Empfehlung zu den unabhängigen Organmitgliedern[15] oder durch die Änderungen der Prüfungsrichtlinien, die nunmehr ein unabhängiges Audit Committee nach dem Vorbild des Sarbanes-Oxley-Actes verlangen. Weiter zu nennen sind in diesem Zusammenhang auch die Reform der Kapitalrichtlinie[16] und die Verabschiedung der Aktionärsrichtlinie[17].

---

[12] Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa (High Level Expert Group), abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf; vgl. dazu *Silja Maul*, Vorschläge der Expertengruppe zur Reform des EU-Gesellschaftsrechts, in: DB 2003, S. 27 ff.; *Peter Wiesner*, Neue Brüsseler Impulse für Corporate Governance und Gesellschaftsrecht, in: BB 2003, S. 213 ff.

[13] *Kommission*, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament – Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM (2003) 284 endg., abgedruckt in: NZG 2003 (Sonderbeilage zu Heft 13), auch abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:DE:PDF.

[14] Vgl. dazu im Überblick *Mathias Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel – Bemerkungen zum Aktionsplan der EG-Kommission betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union, in: NZG 2004, S. 1 ff.

[15] Punkt 3.1.3. des Aktionsplans (Fn. 13); *Katja Langenbucher*, Wettbewerbsverbote, Unabhängigkeit und die Stellung des Aufsichtsratsmitglieds, in: ZGR 2007, S. 571 ff.; *Gerald Spindler*, Die Empfehlungen der EU für den Aufsichtsrat und ihre deutsche Umsetzung im Corporate Governance Kodex, in: ZIP 2005, S. 2033 ff.

[16] Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, ABl. EG NR. L 264 v. 25.9.2006, S. 32 ff.

Allerdings ist es nach wie vor fraglich, ob dem EU-Action-Plan tatsächlich ein einheitliches Leitbild über die Corporate Governance der börsennotierten Gesellschaft – ebenso wie der „privaten“ Gesellschaft – zugrunde liegt. Zwar sind die Einflüsse moderner Ansätze, etwa der Institutionenökonomie, nicht zu leugnen, etwa wenn die indirekte Kontrolle des Managements der Gesellschaft durch die Kapitalmärkte thematisiert wird[18]. Doch kann noch nicht von einem roten Faden gesprochen werden, der sich als theoretisches Fundament einem Credo gleich durch die verschiedenen Vorschläge ziehen würde.

III. Gläubigerschutz

Der Gläubigerschutz kann mit Fug und Recht als einer der zentralen Diskussionspunkte der letzten fünf Jahre im Gesellschaftsrecht bezeichnet werden[19]. Auslöser war hier allerdings zunächst weniger die US-amerikanische bzw. angelsächsische Rechtsordnung, sondern die Rechtsprechung des EuGH zur Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit:

1. Eröffnung des europäischen Wettbewerbs um Rechtsordnungen

Als vorläufiger Höhepunkt der schon zuvor begonnenen Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH hat die Inspire-Art-Entscheidung[20] dafür gesorgt, dass die Sitztheorie in Deutschland endgültig für den EU-Binnenmarkt aufgegeben werden musste[21], ebenso wie in anderen Mitgliedstaaten der EU – etwa in Ungarn – was sich letztlich in der jetzt eingelegten Reform des Internationalen Gesellschaftsrechts und der Hinwendung zur Gründungstheorie niederschlägt[22]. Damit hat sich in Europa letztlich dieselbe Entwicklung vollzogen, wie sie in den USA schon vor mehr als einem Jahrhundert zu verzeichnen war. Diese führte im Zu-

[17] Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. EG Nr. L 184 v. 14.7.2007, S. 17 ff.

[18] Vgl. etwa Punkt 1.2 des Aktionsplans (Fn. 13).

[19] S. dazu die Gutachten von *Haas*, 64. DJT 2006, dazu *Gerald Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, in: JZ 2006, S. 839 ff.; vgl. auch die umfangreichen Einzelbeiträge in *Marcus Lutter* (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, und in EBOR 2006, S. 1 ff. zur Tagung „*Efficient Creditor Protection in European Company Law*“.

[20] EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 (*Inspire Art Ltd.*).

[21] Vgl. dazu nur *Heribert Hirte*, in: ders./T. Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 1 Rn. 16 ff.; *Kindler*, in: Münchener Kommentar (Fn. 9), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 84 ff.; *Andreas Spahlinger/Gerhard Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 2005, S. 54 ff.; *Gerald Spindler/Olaf Berner*, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, in: RIW 2004, S. 7 ff., mit jeweils umfangreichen Nachweisen.

[22] Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, abrufbar unter www.bmj.bund.de; vgl. dazu im Überblick etwa *Bela Knof/Sebastian Mock*, Blickpunkt: Der Referentenentwurf zur Neuregelung des Internationalen Gesellschaftsrechts – die „halbe Wahrheit“, in: GmbHR 2008, R65-R66.

sammenhang mit der „free interstate commerce Klausel“ zu dem berühmten „race to the bottom“ als Konkurrenz der verschiedenen Gesellschaftsrechtsordnungen der einzelnen Bundesstaaten – was von anderen durchaus als „race to the top“ begriffen wird, im Sinne eines mehr Effizienz garantierenden Wettbewerbs[23].

Allerdings ist das Ausmaß dieses Wettbewerbs keineswegs endgültig (jedenfalls durch die Rechtsprechung) ausgelotet, da die Reichweite der Inspire-Art-Rechtsprechung sich weitgehend auf das innergesellschaftliche Organisationsrecht und Hemmnisse bei der Sitzverlegung beschränkt. Inwiefern aber Haftungstatbestände in der Nähe der Insolvenz (aber außerhalb des Insolvenzrechts) nicht als Rechtfertigung eines Eingriffs in die Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit begriffen werden können, hat der EuGH bis heute nicht entschieden. Ebenso offen ist, ob die Golden-Shares-Rechtsprechung[24] für ein weiteres Aufbrechen von nationalen gesellschaftsrechtlichen Regelungen sorgen wird, da der EuGH hier im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit gerne auf den „abschreckenden Effekt“ von rechtlichen Regelungen abstellt, die dann einem allgemeinen Test der Rechtfertigung im Allgemeininteresse unterworfen werden[25].

Wie angedeutet, sind die Parallelen zur US-amerikanischen Entwicklung unverkennbar: Während hier das Gesellschaftsrecht dem Recht der einzelnen Bundesstaaten unterliegt, was zu einer weitgehenden Deregulierung geführt hat, werden Haftungsfragen und damit der Gläubigerschutz weitgehend durch common law Rechtsinstitute erreicht, die zwischen Deliktsrecht und Treuepflichten gegenüber Gläubigern angesiedelt sind und nicht von den Einzelstaaten abhängen[26]. Der Gläubigerschutz wird damit weitgehend abgekoppelt vom Gesellschaftsrecht, das im Wesentlichen für die Ausgestaltung der innergesellschaftlichen Organisationsverfassung zuständig ist.

Zwar hat die Inspire-Art-Rechtsprechung des EuGH zu einer freieren Bewegung und Niederlassung EU-ausländischer Rechtsformen geführt, insbesondere der englischen Limited, die auch ohne ein Mindestkapital auskommt und ein wesentlich liberales Gründungsregime als die deutsche GmbH etwa aufweist; doch hat dies die EU offenbar bislang nicht bewogen, trotz der Vorschläge im Rickford-Report und entsprechender Tendenzen in der High Level Expert Group auch eine Änderung der 2. Gesellschaftsrechtsrichtlinie[27] in Angriff zu nehmen,

---

[23] Vgl. dazu ausführlich *Roberta Romano*, The Genius of American Corporate Law, 1993, S. 14 ff., mit umfangreichen Nachweisen zu dieser Debatte in den Vereinigten Staaten von Amerika.

[24] Vgl. im Überblick zur umfangreichen Rechtsprechung des EuGH *Stefan Grundmann/Florian Möslein*, Die Goldene Aktie, in: ZGR 2003, S. 317 ff.; *Habersack*, Gesellschaftsrecht (Fn. 9), § 3 Rn. 28ff.; vgl. zu jüngsten Judikatur des EuGH auch *Christoph Teichmann/Elisabeth Heise*, Das VW-Urteil des EuGH und seine Folgen, in: BB 2007, S. 2577 ff.

[25] S. Nachweise in Fn. 24.

[26] Zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzsystem in den Vereinigten Staaten von Amerika vgl. *William T. Allen/Reinier Kraakman*, Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, 2003, S. 129 ff.

[27] Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Ver-

die ein Mindestkapital im Gefolge traditionellen kontinental-europäischen Gedankenguts zum Gläubigerschutz für die „public limited liability companies“ einführte. Auch das von der EU in Auftrag gegebene Gutachten zu Fragen des Gläubigerschutzes kommt im Gegensatz etwa zum Rickford-Report nicht zu dem Schluss, dass das Gesellschaftskapital als Mittel zum Gläubigerschutz abgeschafft werden sollte[28].

2. Gläubigerschutz über Insolvenzrecht – Der Einfluss der Europäischen InsolvenzVO (EuInsVO)

Der zurzeit aber wohl wichtigste Ansatzpunkt im europäischen Recht zum Gläubigerschutz ist die europäische Insolvenz-VO[29]: Denn diese knüpft die Rechtsanwendung im Gegensatz zur Inspire-Art-Rechtsprechung des EuGH nicht an das Gründungsstatut der Gesellschaft, sondern an das „Centre of Main interests“ (COMI), was weitgehend der alten Sitztheorie entspricht, weil der Schwerpunkt der Aktivitäten einer Gesellschaft ermittelt werden muss, so dass reine Briefkastengesellschaften von vornherein nicht als Anknüpfungspunkt in Betracht kommen[30]. Es ist daher kein Wunder, dass etwa der deutsche Gesetzgeber die europäische Insolvenz-VO als Rettungsanker in dem Bemühen betrachtet, den Gläubigerschutz deutscher Provenienz zu erhalten und gegenüber dem Einfluss des Gründungsstatuts abzusichern. Dementsprechend werden im MoMiG etliche Regeln, die früher wie selbstverständlich dem Gesellschaftsrecht zugeordnet wurden, nunmehr als insolvenzrechtlich begriffen, um sie so dem Zugriff des Gründungsstatuts zu entwinden.

Allerdings hat der EuGH das COMI-Konzept mittelbar in der Eurofood-Entscheidung[31] verwässert[32], indem er auch relativ geringe Aktivitäten einer reinen Finanzierungsgesellschaft (in Irland) im Rahmen eines Konzerns (Parmalat) hat

trages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG Nr. L 26 v. 31.1.1977, S. 1 ff.

[28] Durchführbarkeitsstudie über Alternativen zum System der Kapitalerhaltung, das von der Zweiten Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts 77/91/EWG vom 13.12.1976 eingeführt wurde, sowie Analyse der Auswirkungen des neuen Bilanzierungssystems der EU auf die Gewinnausschüttung, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/feasbility/study_en.pdf.

[29] Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG Nr. L 160 vom 30.6.2000, S. 1 ff.

[30] Vgl. zu den Kriterien bei der Bestimmung des Center of Main Interest (COMI) *Sebastian Mock/Charlotte Schildt*, in: Hirte/Bücker, Gesellschaften (Fn. 21), § 17 Rn. 24 ff., mit umfangreichen Nachweisen.

[31] EuGH, Urt. v. 2.5.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, I-3813.

[32] Zu den Auswirkungen der Eurofood-Entscheidung vgl. etwa *Bela Knof/Sebastian Mock*, Zur Anerkennung der internationalen Zuständigkeit des Insolvenzgerichts nach der EuInsVO, in: ZIP 2006, S. 911 ff.; *Christoph G. Paulus*, Der EuGH und das moderne Insolvenzrecht, in: NZG 2006, S. 609 ff.; ***Jessica Schmidt***, Eurofood – Eine Leitentscheidung und ihre Rezeption in Europa und den USA, in: ZIP 2007, S. 405 ff.

ausreichen lassen bzw. die Qualifikation als COMI in Irland durch das höchste irische Gericht nicht beanstandete. Daher ist es nicht verwunderlich, dass heute eine Art Forum Shopping oder auch Wettbewerb der Gerichte in der EU einsetzt, was die Anforderungen an die Annahme eines COMI betrifft. So tendieren insbesondere britische Gerichte dazu, äußerst geringe Anforderungen an ein solches COMI zu stellen, was erhebliche Konsequenzen für die Eröffnung von Insolvenzverfahren nach sich zieht, etwa wenn in Deutschland nur ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden kann, weil ein britisches Gericht bereits für die in Rede stehende Limited das Hauptverfahren eröffnet hat[33]. Obwohl daher die europäische Insolvenz-VO ein Gegengewicht zum Gründungsstatut bzw. zum europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen bilden könnte, wird ihr Effekt in der Praxis erheblich durch die relativ liberale Rechtsprechung in den angelsächsischen Mitgliedstaaten untergraben.

3. Zunehmender Ersatz des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes durch Delikts- und Insolvenzrecht

Als Quintessenz aus den geschilderten Tendenzen schält sich trotz der geschilderten praktischen Defizite der Europäischen Insolvenz-VO eine Ablösung der gläubigerschützenden Instrumente aus dem Gesellschafts- hinein in das Delikts- und Insolvenzrecht heraus. Denn zusätzlich zu den insolvenzrechtlichen Möglichkeiten der Anfechtung oder der Geltendmachung von Ansprüchen aus Insolvenzverschleppungshaftung können auch allgemeine deliktsrechtliche Ansprüche in Stellung gebracht werden, etwa der (frühere) Anspruch aus existenzvernichtendem Eingriff, den der BGH inzwischen wieder in § 826 BGB verortet hat[34] – dem Ausgangspunkt der Durchgriffshaftung[35]. Einher damit geht eine zunehmende Ausweitung der Haftung der Gesellschaft und ihrer Organe durch Schutzgesetze, die in Verbindung mit § 823 II BGB Gläubigern Vermögensschutz zu vermitteln vermögen. Wiederum zeigen sich die Parallelen zum angloamerikanischen Wirtschaftsrecht: Auch hier steht einer sehr liberalen Einstellung zur Gründung und zur innergesellschaftlichen Verfassung sowie Ausschüttung von Gewinnen an die Gesellschafter das Korrektiv aus dem common law der fiduciary duties gegenüber Gläubigern sowie der Haftung aus Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber[36].

---

[33] Zu den noch verbleibenden Möglichkeiten für deutsche Gläubiger vgl. *Mock/Schildt*, in: Hirte/Bücker, Gesellschaften (Fn. 30), § 17 Rn. 48 ff.; *Klaus Pannen*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Insolvenzverordnung, 2007, Art. 3 Rn. 86 ff.

[34] BGH, Urt. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689.

[35] Vgl. dazu ausführlich *Gerald Spindler*, in: H.G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Edition 7, § 826 Rn. 55 ff.; *Gerhard Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 826 Rn. 98 ff., jeweils m.w.N.

[36] Vgl. dazu *Richard A. Booth*, Capital Requirements in United States Corporation Law, in: Lutter, Kapital (Fn. 19), 2006, S. 717 ff.; *Andreas Engert*, Kapitalgesellschaften ohne gesetzliches Kapital: Lehren aus dem US-amerikanischen Recht, ebenda, S. 743 ff.

IV. Gesellschafterrechte

Auch hinsichtlich der innergesellschaftlichen Verfassung, insbesondere der Gesellschafterrechte, lässt sich ein gewisser Einfluss angloamerikanischen Rechtsdenkens nicht leugnen, insbesondere was die Rechtsschutzmöglichkeiten der Aktionäre angeht – gepaart mit neueren Tendenzen im Kapitalmarktrecht:

1. Aktionärsklage in Deutschland

Die mangelnde Verfolgung von Ansprüchen gegen den Vorstand einer AG ist schon seit langem im deutschen Recht beklagt worden. Denn grundsätzlich ist nur der Aufsichtsrat berufen, Ansprüche gegenüber dem Vorstand zu verfolgen – abgesehen von dem Recht der Gläubiger nach § 93 Abs. 5 AktG. Auch wenn der BGH erst vor einiger Zeit unmissverständlich verdeutlicht hat, dass den Aufsichtsrat sogar eine Rechtspflicht trifft, derartige Ansprüche aus § 93 AktG gegen den Vorstand zu verfolgen[37], kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass hier ein systemimmanentes Problem liegt. Denn sollte der Aufsichtsrat derartige Ansprüche geltend machen, liegt der Verdacht nahe, dass der Aufsichtsrat zuvor selbst seine Pflichten vernachlässigt hat, indem er im Vorfeld den Vorstand nicht genügend überwacht hatte, um die Entstehung derartiger Schäden gerade zu verhindern. Daher ist es – neben anderen Gründen – nicht verwunderlich, dass es in Deutschland kaum zu Prozessen gegen Vorstände kam[38]. Aber auch die Hauptversammlung hatte nur begrenzte Möglichkeiten, Ansprüche gegen die Organmitglieder geltend zu machen, da zum einen lange Zeit relativ hohe Quoren die Durchsetzung solcher Ansprüche behinderten, zum anderen die Geltendmachung von Ansprüchen entsprechende Informationen voraussetzte, die den Aktionären typischerweise nicht zur Verfügung stehen und nur durch Sonderprüfungen erlangt werden können – die ihrerseits an Quoren geknüpft waren.

Diese Situation hat der Gesetzgeber des UMAG zum Anlass genommen, das System der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen jedenfalls durch die Aktionäre grundlegend umzugestalten: Nunmehr sieht § 148 AktG eine Aktionärsklage in Prozessstandschaft für die AG vor, wenn diese zuvor nicht nach entsprechender Aufforderung die Ansprüche geltend gemacht hat. Das Quorum für die Geltendmachung solcher Ansprüche hat der Gesetzgeber radikal auf 1% oder gar nur 100.000 Euro Beteiligungsbesitz gesenkt, was zusammen mit der Einführung des elektronischen Aktionärsforums eine erhebliche Erleichterung darstellt. Indes steht der Absenkung der Quoren ein komplexes gerichtliches Zulassungsverfah-

---

[37] BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135. 244 = NJW 1997, 1926 = ZIP 1997, 883; vgl. dazu *Heinrich Götz*, Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Haftbarmachung von Vorstandsmitgliedern, in: NJW 1997, S. 3275 ff.; *Norbert Horn*, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, in: ZIP 1997, S. 1129 ff.

[38] Zur bis dahin geringen Bedeutung vgl. *Sebastian Mock*, in: G. Spindler/E. Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 2007, § 148 Rn. 4 ff: *Gerold Bezzenberger*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 1999, § 147 Rn. 11.

ren nach § 148 Abs. 1 AktG gegenüber, indem nicht per se jeder Anspruch verfolgt werden könnte, sondern nur grobe Verfehlungen, wenn zudem nicht das Gesellschaftsinteresse entgegensteht. Entscheidend dürfte aber neben diesen institutionellen Behinderungen das fehlende ökonomische Interesse für die Aktionäre sein, Ansprüche durchzusetzen; denn Begünstigter einer solchen erfolgreichen Klage wäre stets nur die AG, die Aktionäre erhalten nur entsprechenden Kostenersatz. Damit ist aber der Anreiz, solche Ansprüche durchzusetzen, erheblich reduziert. Gleichzeitig führen derartige Regelungen, die zwar dogmatisch-theoretisch im Hinblick auf den Vermögensschutz der AG und ihrer Kapitalstruktur völlig konsequent sind, dazu, dass Aktionäre ihr Heil in „räuberischen Aktionärsklagen" suchen, indem sie sich informell die Klagerechte abkaufen lassen[39] – ein Trend, der schon seit langem von den Anfechtungsklagen bekannt ist und dem offenbar auch die Neuregelungen des § 149 AktG nicht das Handwerk legen konnten.

Zwar nicht unmittelbar mit den Aktionärsklagen verwandt, aber dennoch als generelle Tendenz von Bedeutung ist das Bestreben durch Sammelklagen Rechtsschutz zu vereinfachen und damit auch die Sanktionsmöglichkeiten gegenüber Gesellschaften und deren Management zu effektuieren, wiederum nach dem Vorbild des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, das seit langem gefürchtet ist durch seine class actions. Deutlich werden diese – allerdings noch zaghaften – Versuche im Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), das geschädigten Anlegern zumindest für einige übergreifende Fragen die gerichtliche Klärung im Zusammenhang mit anderen Klagen ermöglicht[40].

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass zahlreiche grundlegende Systemunterschiede im Prozessrecht nach wie vor eine Einführung (bzw. Übertragung) von Sammelklagen in das deutsche Recht behindern – und es auch keineswegs ausgemacht ist, ob alle Elemente des US-amerikanischen Prozessrechts rechtspolitisch wünschenswert sind, da sie systemimmanente Verknüpfungen aufweisen, etwa zum (schwach ausgeprägten) Sozialversicherungssystem. So stoßen Erfolgshonorare (contingency fees) ebenso wie vorprozessuale Auskunfts- und Untersuchungspflichten (pretrial discovery) nach wie vor auf kontinental-europäische Skepsis, wenngleich inzwischen die Tür für Erfolgshonorare durch das BVerfG aufgestoßen wurde[41].

---

[39] Vgl. dazu die jüngste Untersuchung von *Theodor Baums/Daniel Gajek/Astrid Keinath,* Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie, in: ZIP 2008, S. 1629 ff.; zur rechtsmissbräuchlichen Anfechtungsklage grundlegend BGH, Urt. v. 22.5.1989 – II ZR 206/88, BGHZ 107, 296 = NJW 1989, 2689.

[40] Vgl. dazu im Überblick *Burkhard Hess*, Musterverfahren im Kapitalmarktrecht, in: ZIP 2005, S. 1713 ff.; *Fabian Reuschle*, Ein neuer Weg zur Bündelung und Durchsetzung gleichgerichteter Ansprüche – Zum Entwurf eines Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG), in: WM 2004, S. 2334 ff.

[41] BVerfG, Beschl. vom 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163 = NJW 2007, 979.

2. Entwicklungen der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage wurde seit jeher als eines der elementaren, unverzichtbaren Rechtsmittel des Gesellschafters (Aktionärs) verstanden, sich gegen rechtswidrige Beschlüsse einer Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung zur Wehr zu setzen. Denn das Recht, Beschlüsse einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen, wurzelt letztlich in dem alten mitgliedschaftsrechtlichen Verständnis der Gesellschafterstellung, das den Gesellschafter von einem reinen Kapitalgeber mit rein schuldrechtlichen Befugnissen (die etwa im Vertrag eingeräumt werden) unterscheidet. Dieses Verständnis begreift das Mitgliedschaftsrecht nicht als reines vermögensbezogenes Recht, sondern als Individualrecht.

Dem steht jedoch die Realität bei börsennotierten (Publikums-) Aktiengesellschaften entgegen, bei denen sich zahlreiche Anfechtungsklagen kaum durch das Bedürfnis nach Kontrolle auszeichnen, eher durch das Bestreben, durch einen Vergleich mit der Gesellschaft selbst an der Klage zu verdienen (räuberische Anfechtungsklagen)[42]. Selbst die Reformen der Anfechtungsklage, die zu einer Beschleunigung der Eintragung von sensiblen Beschlüssen in das Handelsregister sowie zur Publizität verfahrensbeendigender Maßnahmen (§ 149 AktG) führen sollen, haben offenbar die missbräuchlich erhobenen Klagen nicht eindämmen können.

Es spricht daher einiges dafür, dass auch hier Quoren entsprechend der Aktionärsklage eingeführt werden[43] – was wiederum einen Schritt in Richtung der angloamerikanischen class action wäre, die zwar keine Quoren kennt, aber auch nicht das Institut der individuellen Anfechtungsklage[44].

3. EU-Richtlinie zu Stimmrechten und zur HV

Auch die Harmonisierung der Stimmrechtsausübung und der Hauptversammlung hat sich die EU inzwischen auf ihre Fahnen geschrieben: Mit der Richtlinie zur Stimmrechtsausübung will die EU gerade die grenzüberschreitende Stimmrechtsausübung erleichtern, und damit die Kapitalverkehrsfreiheit in der EU stärken. Auch die Einführung elektronischer Stimmrechtsausübungen soll damit erleichtert werden, um die Hürden, an einer Hauptversammlung teilzunehmen, weiter abzubauen[45]. Für das deutsche Recht wird die Richtlinie allerdings wenig Handlungsbedarf erzeugen, da die meisten Vorgaben bereits Bestandteil des deutschen

[42] S. dazu die Studie von *Baums/Gajek/Keinath*, Fortschritte (Fn. 39).

[43] So vor allem *Ulrich Noack*, Die Anfechtungsklage sollte erst ab 1 %-Beteiligung möglich sein, in: BB 2007 (Heft 32), S. I.

[44] Vgl. zu den shareholder lawsuits *Allen/Kraakman*, Commentaries (Fn. 26), S. 349 ff.

[45] Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. EG Nr. L 184 v. 14.7.2007, S. 17 ff.; vgl. dazu *Gerald Spindler*, Stimmrecht und Teilnahme an der Hauptversammlung – Entwicklungen und Perspektiven in der EU und in Deutschland, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2005, 2006, S. 1 ff.

Rechts sind[46]. Aber auch hier lassen sich durchaus gewisse Parallelen zur US-amerikanischen Entwicklung erkennen. Schon sehr frühzeitig wurde durch die kapitalmarktrechtliche Regelung der proxy fights durch die SEC die Stimmrechtsübertragung und damit mittelbar auch die Stimmrechtsausübung einer Regulierung unterworfen[47] – auch hier wird das einzelstaatenübergreifende Regelungsbedürfnis deutlich, da die proxy fights nicht beschränkt auf ein einzelstaatliches Territorium durchgeführt werden.

V. Die Kodex-Bewegung

1. Grundlagen des Kodex: Der Comply-or-Explain-Ansatz § 161 AktG – verfassungsrechtliche Probleme

Ein weiteres Phänomen ist für die letzten Jahre der gesellschaftsrechtlichen Entwicklung kennzeichnend: Die Kodex-Bewegung. Mit Hilfe von Kodices, die von privaten Gremien, aber mit staatlicher Unterstützung, verabschiedet werden, soll eine gewisse Deregulierung, aber auch Vereinfachung des Gesellschaftsrecht der börsennotierten Gesellschaften erreicht werden, indem vor allem ausländischen Investoren ein einfaches Informationsmittel über die Corporate Governance zur Verfügung gestellt wird. Gleichzeitig soll aber der Kodex mit Hilfe des Comply-or-Explain-Ansatzes auch dazu dienen, mittelbar über den Kapitalmarkt das Management einer AG dazu anzuhalten, ihre Corporate Governance zu verbessern. Denn Abweichungen von den Empfehlungen des Kodex sind von den Organen dem Kapitalmarkt gegenüber zu begründen, so dass die Hoffnung besteht, dass Abweichungen von dem als best practice begriffenen Kodex sich negativ auf den Kurs der jeweiligen Aktie auswirken – und so einen sanften, mittelbaren Druck zur Einhaltung der Regeln ausüben, ohne dass es der Verabschiedung solcher Regelungen durch den Gesetzgeber bedarf und ohne dass das nötige Maß an Flexibilität verloren ginge[48].

Mit diesem Ansatz sind jedoch etliche Probleme verbunden: Zunächst ist schon empirisch zu hinterfragen, ob der Comply-Or-Explain-Ansatz tatsächlich zu den gewünschten Ergebnissen führt, sind doch bislang eher höchst schwache

---

[46] *Sorika Pluskat*, Auswirkungen der Aktionärsrichtlinie auf das deutsche Aktienrecht, in: WM 2007, S. 2135 ff.

[47] Vgl. dazu insgesamt *Allen/Kraakman*, Commentaries (Fn. 26), S. 210 ff.; *Hanno Merkt/Stephan R. Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2006, S. 810 ff.

[48] Zurückgehend auf die Empfehlung der sog. *Baums*-Kommission (*Theodor Baums*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001), vgl. zum Regelungskonzept auch ausführlich *Marcus Lutter*, Die Erklärung zum Corporate Governance Kodex gemäß § 161 AktG, in: ZHR 166 (2002), S. 523 ff.; vgl. auch *Peter Sester*, in: Spindler/Stilz, Kommentar (Fn. 38), § 161 Rn. 10 ff.

Reaktionen des Kapitalmarktes auf Abweichungserklärungen feststellbar[49]. Aber auch rechtlich ist der Ansatz durchaus fragwürdig: Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist etwa zweifelhaft, ob ein rein privates Gremium mittelbar rechtliche Regelungen setzen kann, die zwar nicht direkt die Organe verpflichten, aber über den Umweg einer Comply-or-Explain-Erklärung doch vom Gesetzgeber in rechtliche Pflichtenprogramme implementiert werden, ohne dass diese Regeln selbst einen parlamentarischen Prozess durchlaufen hätten[50]. Rechtspolitisch ergeben sich Zweifel hinsichtlich des Ansatzes bei den Organen: Warum sollten die Organe Vorstand und Aufsichtsrat über die Regeln der guten Corporate Governance befinden, wenn doch gerade der Satzungsgeber, mithin die Hauptversammlung im Rahmen der Gestaltung der Satzung dafür zuständig wäre? Wenn überhaupt der Kapitalmarkt auf derartige Regelungen reagieren sollte, sind sie sinnvollerweise in einer Satzung zu verankern, die dann annahmegemäß ebenfalls vom Kapitalmarkt bewertet würde[51].

2. Ein EU-Kodex?

Der Kodex-Gedanke wurde auch auf europäischer Ebene thematisiert, aber letztlich von der High Level Expert Group nicht als europäische Harmonisierungsmaßnahme für sinnvoll erachtet; vielmehr sollten alle Mitgliedstaaten in ihren Gesellschaftsrechten entsprechende Öffnungsklauseln verankern, um den jeweiligen nationalen Besonderheiten Rechnung zu tragen[52]. Diesen Grundgedanken hat die Europäische Kommission in ihrem Action Plan übernommen, indem keine besonderen Richtlinien oder andere Rechtsakte vorgesehen werden, um einen europäischen Kodex vorzubereiten[53]. In der Tat wäre dies auch beim derzeitigen Harmonisierungsstand wesentlich verfrüht, da der Comply-or-Explain-Ansatz voraussetzt, dass ein bestimmter Block an Normen zur Verfügung steht, an dem sich eine Begründung des Abweichens orientieren könnte. Daran fehlt es aber derzeit noch, wie dies deutlich die selektiven Richtlinien und der schwierige Harmonisierungsprozess bei der europäischen SE zeigen – gerade die SE sieht keinen Kodex-Ansatz vor, der an sich auch hier denkbar gewesen wäre. Allenfalls über die Implementierung nationalen Rechts kann hier der Kodex-Ansatz fruchtbar gemacht werden.

---

[49] Vgl. dazu vor allem *Eric Nowak/Roland Rott/Till G. Mahr*, Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt? – Eine empirische Analyse der Selbstregulierung und Kapitalmarktrelevanz des Deutschen Corporate Governance Kodex, in: ZGR 2005, S. 252 ff.

[50] Kritisch daher vor allem *Peter Ulmer*, Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, in: ZHR 166 (2002), S. 150 (161); ebenso *Sester*, in: Spindler/Stilz, Kommentar (Fn. 48), Rn. 26 m.w.N.

[51] Vgl. *Gerald Spindler*, Corporate Governance und Kapitalmarkt, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001, 2002, S. 92 ff.

[52] Kapitel III Ziffer 6 (S. 77 ff.) des Berichts der hochrangigen Gruppe von Experten (Fn. 12).

[53] Ziffer 3.1. des Aktionsplans (Fn. 13).

3. US-amerikanische Entwicklungen: Satzungsfreiheit und beschränkendes Kapitalmarktrecht

Vergleicht man den Kodex-Gedanken mit anderen, insbesondere US-amerikanischen Entwicklungen, fällt auf, dass gerade angelsächsische Rechtsordnungen vergleichbare Instrumente kaum kennen. Vielmehr dominiert hier die bereits oben angemahnte Satzungsfreiheit, gerade etwa in den das Gesellschaftsrecht beherrschenden Staaten wie Delaware[54]. Allerdings wird die Satzungsfreiheit durch das Kapitalmarktrecht bzw. die zwingenden Regelungen der SEC beschränkt, etwa wenn proxy fights in Rede stehen. Eine gewisse Standardisierung und Harmonisierung des Finanzprodukts „Aktie“ ist daher auch hier festzustellen, allerdings bei weitem nicht in dem Ausmaße, wie es die Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG in Deutschland vorsieht. Daher bleibt es dabei, dass jedenfalls die US-amerikanische Rechtsordnung angesichts der sehr liberalen Haltung gegenüber Regelungen in der Satzung kaum ein Bedürfnis für entsprechende Kodex-Ansätze hat. Anders sieht die Lage dagegen für Großbritannien aus[55]: Gerade von hier stammt der Kodex-Gedanke, welcher schon frühzeitig auch in anderen Bereichen, etwa des Kapitalmarktrechts, verankert worden war, wie z.B. der Londoner City Code on Takeovers. Dennoch gilt auch hier, dass der Kodex nur dort relevant wird, wo sonst zwingende Regeln eingreifen und man sich zusätzliche Flexibilität und Marktdruck erhofft.

VI. Schluss

Zieht man eine vorsichtige Bilanz dieses kursorischen Streifzugs durch neuere Entwicklungen des Gesellschaftsrechts, so zeigen sich schnell Tendenzen der Konvergenz zwischen den Rechtsordnungen, die noch weiter gesponnen werden könnten, etwa durch den international übergreifenden Ansatz der Compliance-Organisation, wie er sich sowohl im Sarbanes-Oxley-Act als auch in neueren Kodifikationen des europäischen Gesellschaftsrechts niedergeschlagen hat, wie z.B. in den Änderungs-Richtlinien zu den Bilanz-Richtlinien[56] sowie § 91 Abs. 2 AktG. Andererseits ist auch ein gewisses Beharrungsvermögen kaum zu leugnen, das einmal mehr die Pfadabhängigkeit von Rechtsordnungen verdeutlicht. Zum Teil

---

[54] Vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten bei den *articles of incorporation* nach dem Recht von Delaware *Allen/Kraakman*, Commentaries (Fn. 26), S. 89 f.; *Merkt/Göthel*, Gesellschaftsrecht (Fn. 47), Rn. 280 ff.

[55] Zur Satzungsstrenge bei der Private und der Public Limited Company vgl. *Boris Kasolowsky/Alexander Schall*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Gesellschaften (Fn. 21), § 4 Rn. 15 ff. und § 5 Rn. 7 ff.

[56] Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. EG Nr. L 157 vom 9.6.2006, S. 87 ff.

bilden sich auch hybride Rechtsformen heraus, wie etwa der Kodex-Gedanke, der zwischen der Satzungsliberalität US-amerikanischer Provenienz und zwischen der traditionellen Strenge des deutschen Aktienrechts steht. Ob und wie der begonnene Wettbewerb sich tatsächlich in einer Erosion des kontinental-europäischen Gesellschaftsrechts niederschlagen wird, ist derzeit kaum abzusehen; denn die zunächst befürchtete Flut von ausländischen Rechtsformen in Deutschland konnte nicht verzeichnet werden, da etwa die Limited eher das Stigma der unseriösen Geschäftsgründung trägt, was sich in zahlreichen Zusammenbrüchen und einer hohen „Kindersterblichkeit" niederschlägt.

Die Auswirkung des Gemeinschaftsrechts auf die Regelung des Sitzes von Gesellschaften

László Burián

I. Einführende Bemerkungen

Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechte der Mitgliedstaaten ist ein unerschöpfliches Thema, sowohl für die Praxis als auch für die Theorie. Dieses Phänomen erobert immer neue Rechtsgebiete. Seit längerer Zeit wird der Einfluss des Europarechts auch auf dem Gebiet des Privatrechts immer deutlicher, und in der jüngsten Vergangenheit ist er auch im internationalen Privatrecht zu spüren. Das IPR ist – wie *Siehr* zu Recht bemerkt hat – „mit seinen verweisungs- und verfahrensrechtlichen Aspekten nie sehr bequem gewesen. Aber bequem war es schon, als dieses Rechtsgebiet noch ausschließlich von nationalem Kollisionsrecht beherrscht war und jeder Staat nach seinen Vorstellungen grenzüberschreitende Fragen und Sachverhalte lösen konnte."[1] Die Behauptung, das IPR sei grundsätzlich nationales Recht, trifft heute immer weniger zu. Das autonome Kollisionsrecht wird nicht nur von internationalen Übereinkommen, sondern auch von Regelungen supranationaler Natur ergänzt und teilweise auch verdrängt. Das

[1] *Kurt Siehr*, Internationales Privatrecht in der Europäischen Union, in: Rozprawy Prawnicze, FS Maksymilian Pazdan, Krakau 2005, S. 293 (293). Als Motto führt *Siehr* dort auch eine „kollisionsrechtliche Kattowitzer Version" des nostalgischen Gedichtes *Die Heinzelmännchen zu Köln* (1848) des schlesischen Dichters *August Kopisch* (1799-1853) an: „Wie war in Polen es vordem/mit eigenem IPR bequem!/Normen sagten klipp und klar,/wie ein Fall zu lösen war./ Aber seit dem letzten Mai/die Idylle ist vorbei./Europarecht macht sich breit./ Perdue ist die Bequemlichkeit", a.a.O., S. 293. Dasselbe gilt auch für Ungarn seit dem 1. Mai 2004.

gilt natürlich auch für das ungarische IPR. In diesem Aufsatz soll dieses Phänomen im internationalen Gesellschaftsrecht untersucht werden.

Das internationale Gesellschaftsrecht ist seit jeher gespalten. Ein Teil der Rechtsordnungen geht davon aus, dass die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts an den effektiven Verwaltungssitz geknüpft werden soll. Dieser – kurz Sitztheorie genannten – Anknüpfung folgen auch mehrere Mitgliedstaaten der EG, unter anderem auch Deutschland, wo die Sitztheorie gewohnheitsrechtlich verankert ist[2]. Zur anderen Gruppe der Staaten, die der sog. Gründungstheorie folgen, gehört unter anderem auch Ungarn. In Ungarn, dessen IPR sich unter starkem Einfluss des österreichischen und des deutschen Rechts entwickelt hat, ist im Gewohnheitsrecht am Anfang des 20. Jahrhunderts der Sitz (Hauptsitz, Hauptniederlassung) das relevante Anknüpfungsmerkmal gewesen, was vor dem zweiten Weltkrieg auch einhellig von der Theorie unterstützt wurde. *Szászy* schrieb hierzu im Jahre 1938, dass der Sitz nicht fiktiv sein könne, weil die juristische Person ihren Verwaltungssitz nicht in einem solchen Staat etablieren dürfe, an den sie keine ernsten und berechtigten Interessen binden[3]. Welch' naiver Urzustand! Der Tradition der Sitztheorie ist der Gesetzgeber in den 1970er Jahren aber nicht treu geblieben und hat stattdessen die Gründungstheorie kodifiziert. Seit dem Inkrafttreten der Gesetzesverordnung Nr. 13 aus dem Jahre 1979 wird in Ungarn das Gesellschaftsstatut nach dem Recht jenes Staates bestimmt, in welchem die Gesellschaft inkorporiert wurde.

Lange Zeit gingen die Meinungen darüber auseinander, ob die Anknüpfung an den Sitz oder an den Gründungsstaat die richtige Vorgehensweise ist. Beide Anknüpfungsmomente haben ihre Schwächen. Die Gründungstheorie greift ins Leere, wenn eine Rechtsordnung zur Gründung einer Gesellschaft keine Eintragung erfordert oder wenn die Eintragung gleichzeitig in mehreren Staaten erfolgt. In diesen Fällen muss die Sitztheorie aushelfen, so wie es auch im ungarischen IPR-Gesetz geregelt wird. Wenn aber eine Gesellschaft nicht nur einen Sitz hat und der Satzungssitz und der tatsächliche Sitz auseinanderfallen, kann auch die Sitztheorie lückenhaft sein. Keine der beiden Methoden kann sicherstellen, dass an diejenige Rechtsordnung angeknüpft wird, in deren Geltungsbereich die Gesellschaft ihre wirtschaftliche Tätigkeit ausübt[4]. Diese Situation erinnert ein wenig an die Spaltung in der Bestimmung der lex personae von natürlichen Personen. Es gibt gewisse Parallelen, aber das Problem bei den juristischen Personen ist dadurch komplizierter, dass die Gesellschaften in der Regel zur gleichen Zeit in mehreren Staaten tätig sind. Ob sie von allen betroffenen Staaten rechtlich anerkannt wer-

[2] *Gerald Spindler/Olaf Berner*, Inspire Art; Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, in: RIW 2003, S. 950 (950).

[3] *István Szászy*, Nemzetközi Magánjog, Budapest 1938, S. 228.

[4] So auch *Lajos Vékás*, Uniós alapvető szabadságok és közösségi nemzetközi kollíziós jog, in: Európai Jog 2005/1, S. 3 (3).

den, ist selbstverständlich eine andere Frage, die auch in der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit gestellt wird.

Damit sind wir bei unserem eigentlichen Thema angelangt: Es geht um den Zusammenhang zwischen der vom Primärrecht garantierten Niederlassungsfreiheit und den nationalen Kollisionsregeln.

II. Gemeinschaftsrecht und internationales Gesellschaftsrecht

Die Vereinbarkeit nationaler Kollisionsregeln auf dem Gebiet des internationalen Gesellschaftsrechts mit dem Gemeinschaftsrecht ist besonders seit den *Centros*- und *Überseering*-Entscheidungen des EuGH ein heftig diskutiertes Thema geworden, das sowohl aus dem Blickwinkel des materiellen Gesellschaftsrechts, als auch unter dem Gesichtspunkt des internationalen Privatrechts analysiert wurde. Die wissenschaftliche Diskussion in der deutschen Literatur, die nicht nur durch die EuGH-Rechtsprechung, sondern auch durch die Entwicklungen in der Praxis des BGH beeinflusst wurde, war besonders intensiv[5]. Einige Theorien, wie zum Beispiel die sog. Überlagerungstheorie oder die Behandlung von Scheinauslandsgesellschaften als OHG oder GbR, scheinen im Lichte der Entwicklung nicht mehr haltbar zu sein. Aber es gibt noch offene Fragen, die möglicherweise durch weitere Urteile des EuGH geklärt werden.

Ich möchte an dieser Stelle nicht in eine detaillierte Analyse der Entscheidungen des EuGH in den Fällen *Daily Mail, Centros, Überseering* und *Inspire Art* einsteigen. Aus diesen – von *Spindler* mit dem aus dem Fußball stammenden Begriff der „Viererkette“[6] titulierten – Entscheidungen möchte ich die Konsequenzen für das internationale Privatrecht aus ungarischer Sicht ziehen. Betrachtet man die Konsequenzen nur auf der Ebene der Anknüpfungspunkte, kann das Ergebnis so zusammengefasst werden, dass die genannten Urteile des EuGH der Sitztheorie eine klare Absage erteilt haben[7], sowohl in seiner in Deutschland vor dem *Überseering*-Urteil praktizierten Form (Nichtanerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit

[5] Eine Aufzählung der wichtigsten Abhandlungen über das Thema in der internationalen Literatur findet sich bei *Vékás*, Uniós alapvető (Fn. 4), dort in den Fußnoten.

[6] *Gerald Spindler/Olaf Berner*, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, in: RIW 2004, S. 7 (7).

[7] So unter anderem auch *Spindler/Berner,* Gläubigerschutz (Fn. 6), S. 8.; *Peter Behrens*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandgesellschaften nach Inspire Art, in: IPRax 2004, S. 20 (25): „Die kollisionsrechtliche Konsequenz ist dann zwingend, dass die Mitgliedstaaten der EG ihr inländisches Gesellschaftsrecht insgesamt nicht mehr auf der Grundlage der Sitztheorie gegenüber Auslandsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten zur Geltung bringen können.” So auch in der ungarischen Literatur *Vékás*, Uniós alapvető (Fn. 4), S. 7; *Miklós Király*, A Daily Mailtől az Inspire Artig – az Európai Bíróság ítéleteinek hatása a társasági jog értékválasztásaira, in: Egység és sokféleség Az Európai Unió jogának hatása a kultúrára Új Ember kiadó, Budapest 2007, S. 207, mit Hinweisen u.a. auf die deutsche Literatur.

von nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt haben) als auch in seiner abgeschwächten oder modifizierten Form (Umqualifizierung der ausländischen Gesellschaft in eine deutsche Personengesellschaft mit der Folge, dass die Rechts- und Prozessfähigkeit erhalten bleibt)[8].

Wenn die Konsequenzen nicht darüber hinausgingen, könnte man sagen, dass die Ungarn einmal Glück gehabt haben (was nicht oft vorkommt), da – wie schon erwähnt – das ungarische IPR seit 1979 von der Sitztheorie Abschied genommen hat. Dann hätte die in Ungarn geführte Diskussion über die Folgen der genannten Entscheidungen des EuGH nur in theoretischer Hinsicht Bedeutung. Aber dies ist nicht der Fall. Die Rechtssache C-210/06 *Cartesio*[9]*,* die vor dem EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren anhängig ist, zeigt, dass das ungarische materielle Gesellschaftsrecht und das Kollisionsrecht nicht miteinander harmonieren und dass die ungarischen Gerichte Schwierigkeiten mit der Anwendung der klaren kollisionsrechtlichen Bestimmungen des IPR-Gesetzes haben. Es gibt aber außer der nicht korrekten Anwendung des Gesellschaftsstatuts auch andere Probleme im ungarischen IPR. Auf die Einzelheiten des Falles *Cartesio* wird am Ende des Beitrags noch zurückzukommen sein.

Es gibt einige Fragen im Zusammenhang mit den Entscheidungen des EuGH in Sachen *Daily Mail, Centros, Überseering* und *Inspire Art*, die im Kollisionsrecht trotz der Herrschaft der Gründungstheorie beantwortet werden sollten. Man kann nicht oft genug betonen, dass aus der Sicht der Niederlassungsfreiheit Probleme mit der Sitzverlegung von Gesellschaften auch dann auftauchen können, wenn sowohl das „Wegzugsland" als auch das „Zuzugsland" der Gründungstheorie folgen. Sowohl im *Daily Mail*-Fall als auch in den Fällen *Centros* und *Inspire Art* waren die betroffenen Staaten (England, Niederlande bzw. Dänemark) alle Gründungstheorie-Staaten.

Für Ungarn hat die Frage, ob aus der Rechtsprechung des EuGH ein Zwang hinsichtlich der Umgestaltung des Kollisionsrechts in der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts entsteht, keine Bedeutung. Bei einer materiell- oder gemeinschaftsrechtlichen Betrachtung dieser Frage, die in der deutschen Literatur wiederholt zum Ausdruck kommt, kann die EuGH-Rechtsprechung bezüglich der Niederlassungsfreiheit keine unmittelbaren Folgen für die Gestaltung des nationalen Kolli-

---

[8] So (bedauernd) auch *Wulf-Henning Roth*, Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, in: IPRax 2003, S. 117 (117): „Dass eine zunächst nach ausländischem Recht zu beurteilende Gesellschaft sich bei Verlegung des Verwaltungssitzes *ex lege* in eine OHG oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umwandeln kann, wie dies vielfach im Schrifttum vertreten worden ist und nun auch vom II. Senat in seinem Urteil vom 1.7.2002 angenommen wird, ist vom VII. Senat offenbar nicht gesehen und daher auch nicht erwogen worden – ein Versäumnis, das nun deutliche Spuren im *Überseering*-Urteil des EuGH hinterlassen hat."

[9] Vgl. den Bericht über den Fall in: Jogi Fórum-hírek, im Internet abrufbar unter www.Jogiforum.hu/hirek/14592, 5. Juli 2006.

sionsrechts haben[10]. Ich möchte die Frage aber umgekehrt stellen: Bedeutet der Umstand, dass das ungarische IPR der Gründungstheorie folgt, dass die genannten Entscheidungen keine Folgen für das ungarische IPR haben? Daran ist jedoch zu zweifeln. Dies vor allem deswegen, weil ein ungarisches Gericht die eindeutige Kollisionsregel in Art. 18 Abs. 1 des IPR-Gesetzes[11] im Cartesio-Fall nicht korrekt anwenden konnte. Die Anwendung von Bestimmungen des Besonderen Teils, also auch der Bestimmungen über das Gesellschaftsstatut, muss in Einklang mit den Bestimmungen des Allgemeinen Teils erfolgen. Die in Deutschland geführte Diskussion über die Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung hat auch solche Aspekte der Problematik erörtert, die auch in Ungarn überdacht werden sollten.

III. Renvoi und Niederlassungsfreiheit

Vékás hat in seinem Beitrag zu dieser Problematik schon einen wichtigen Faktor erwähnt[12], als er die kollisionsrechtliche Lage in Ungarn und in einigen anderen europäischen Ländern de lege lata schilderte. Dadurch, dass die Gründungstheorie und die Sitztheorie die Länder Europas praktisch in zwei Gruppen teilen, kann es zu Rück- und Weiterverweisungen kommen. In konkreten Fällen variieren die Lösungen nicht nur deswegen, weil die Tatbestände verschieden sind, sondern auch dadurch, dass die nationalen Kollisionsrechte die Problematik des Renvoi unterschiedlich behandeln. Das ungarische IPR bildet einen Sonderfall, weil es trotz der Kritik der Rechtswissenschaft die Weiterverweisung generell verbietet, die Rückverweisung aber generell befiehlt. Im ungarischen IPR hat bisher niemand daran gezweifelt, dass eine Rückverweisung im Bereich der Statusfragen vorteilhaft sein kann[13]. Die Annahme der Verweisung des ausländischen Rechts auf das ungarische Recht ermöglicht es ungarischen Gerichten, Ausländer, deren

[10] So u.a. auch *Carl Baudenbacher/Dirk Buschle*, Niederlassungsfreiheit für EWR-Gesellschaften nach Überseering, in: IPRax 2004, S. 26 (26): „Wer das Urteil des EuGH aber als Stellungnahme im kollisionsrechtlichen Theorienstreit begreift, verkennt die Denk- und Funktionsweise eines europäischen Höchstgerichts." Jedoch später: „Auf einer zweiten Ebene, der Interpretationsebene, kann man durchaus und muss man wohl auch den Schluss ziehen, dass eine Theorie, deren Zielsetzung und Hauptmerkmal in der Aberkennung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften bei Sitzverlegung besteht, nicht länger haltbar ist. In dem Sinne läutet für die Sitztheorie nach bisheriger deutscher Prägung tatsächlich das Totenglöcklein." Bei *Spindler/Berner,* Gläubigerschutz (Fn. 6), S. 4, heißt es: „Die Grundfreiheiten schaffen damit keine neuen Kollisionsregeln, sondern modifizieren das durch diese berufene Sachrecht."

[11] Art. 18 Abs. 1 und 2 des ungarischen IPR-Gesetzes lautet: (1) „Die Rechtsfähigkeit, die wirtschaftliche Qualität, die Persönlichkeitsrechte einer juristischen Person und die Rechtsverhältnisse ihrer Mitglieder untereinander sollen nach ihrem persönlichen Recht beurteilt werden. (2) Das persönliche Recht einer juristischen Person ist das Recht desjenigen Staates, auf dessen Gebiet die juristische Person eingetragen wurde."

[12] *Vékás*, Uniós alapvető (Fn. 4), S. 4.

[13] Für die Rückverweisung argumentiert in dieser Hinsicht – allerdings nur für die Statusfragen der natürlichen Personen – *László Réczei*, der im Allgemeinen die Rück- und Weiterverweisung für unnötig hält, in: *László Réczei*, A visszautalás Jogtudományi Közlöny 1970/4-5, S. 151 (160).

lex personae auf den Wohnsitz abstellt, genauso zu behandeln, wie deren Heimatrecht, obwohl die Anknüpfungsmomente verschieden sind. Das dient in diesen Fällen der Einheitlichkeit der Entscheidungen. Was bei natürlichen Personen gilt, das wurde bisher theoretisch auch für juristische Personen nicht bezweifelt, obwohl mir kein konkreter Fall bekannt ist, in dem von dieser Theorie Gebrauch gemacht wurde. Das bedeutet aber, dass es zur Anwendung der Sitztheorie kommen kann, wenn eine Gesellschaft in einem Land gegründet wurde, das der Sitztheorie folgt, und seinen tatsächlichen Sitz nach Ungarn verlegt. Das Gesellschaftsstatut wird in diesem Fall das ungarische Recht sein, was u.U. einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen kann. Umgekehrt steht es natürlich für Sitztheoriestaaten, die mit Hilfe der Rückverweisung und Weiterverweisung zum Gründungsrecht gelangen können. Eine Lösung wäre ein Verzicht auf den Renvoi seitens der Gründungstheoriestaaten und eine Annahme des Renvoi seitens der Sitztheoriestaaten.

IV. Gesetzesumgehung

Ein geeignetes Mittel, um zur Anwendung inländischen Rechts auf die sog. „Briefkastengesellschaften" zu gelangen, die zwar im Ausland inkorporiert sind, dort aber nur ihren satzungsmäßigen Sitz haben und ihre ganze wirtschaftliche Tätigkeit im Inland entfalten, wohin sie entweder den tatsächlichen Sitz verlegen oder wo sie eine Zweigniederlassung etablieren wollen, wäre kollisionsrechtlich gesehen die Feststellung einer Gesetzesumgehung (Fraus legis).

Die Briefkasten- oder Scheinauslandsgesellschaften sind bislang sogar als Lehrbuchbeispiele für Gesetzesumgehungstatbestände betrachtet worden. Das ungarische IPR-Gesetz verbietet die Anwendung ausländischen Rechts, wenn das für die Anwendung ausländischen Rechts maßgebliche ausländische Element von den Parteien mit dem Ziel künstlich konstruiert (echte Gesetzesumgehung) oder vorgetäuscht (unechte Gesetzesumgehung) wurde, das nach dem Gesetz ansonsten anzuwendende Recht zu umgehen[14].

In den *Centros*- und *Inspire Art*-ähnlichen Fällen könnte theoretisch eine echte Gesetzesumgehung festgestellt und das künstlich geschaffene ausländische Gründungsrecht durch die Anwendung inländischen Rechts verdrängt werden. Dabei muss es nicht unbedingt zu einer (künstlich hergestellten) Kollision von Gründungs- und Sitzstatut kommen. Dafür ist der Fall *Centros* ein Musterbeispiel. Kollisionsrechtlich gesehen gibt es in diesen Fällen nur dann eine (künstlich konstruierte) Kollision zwischen Gründungs- und Sitzstatut, wenn die in einem Gründungsstatut-Staat inkorporierte Gesellschaft ihre wirtschaftliche Tätigkeit ausschließlich in einem Sitztheorie-Staat entfaltet. Deswegen hatte m.E. der *Centros*-Fall keine unmittelbare Folgen für die Sitztheorie. Die dänischen Behörden haben die Ein-

[14] Nach § 8 IPRG wird die Herbeiführung eines inländischen Elements nicht sanktioniert.

tragung der Zweigniederlassung von *Centros* mit dem Grund verweigert, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit ausschließlich in Dänemark entfaltet und der wahre Grund für die Gründung der private limited company in England die Umgehung der in Dänemark geltenden Mindestkapitalvorschriften war. Von daher gesehen erscheint es nicht als gesichert, dass Dänemark – wie *Vékás* bemerkt[15] – in diesem Fall gewissermaßen der Sitztheorie gefolgt ist.

Ein ungarisches Gericht hätte sich in einem *Centros*-ähnlichen Fall auf die Gesetzesumgehungsvorschriften des ungarischen IPR-Gesetzes berufen, die Anwendung des Gründungsrechts verweigern und die Vorschriften des ungarischen Gesellschaftsrechts auf die Zweigniederlassung einer englischen private limited company anwenden können. Eine solche Lösung des Problems ist aber nach den *Centros*- bzw. *Inspire Art*-Entscheidungen nur schwer vorstellbar.

Praktisch bedeutet nämlich die Folge der Feststellung einer Gesetzesumgehung in den Fällen, in denen der Gründungsstaat ein EG-Mitgliedstaat ist, eine Beschränkung der von Art. 48 i.V.m. Art. 43 des EG-Vertrages garantierten Niederlassungsfreiheit. Diese Feststellung gilt auch für EWR-Staaten, wo die Niederlassungsfreiheit von Art. 34 des EWR-Abkommens garantiert wird. Die Feststellung einer Gesetzesumgehung wäre also nicht nur bezüglich EG-Mitgliedstaaten eine rechtswidrige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, sondern auch bezüglich der EWR-Staaten[16]. Das hat zur Folge, dass z.B. die im Fürstentum Liechtenstein gegründeten Briefkastengesellschaften ihren tatsächlichen Sitz in andere EWR-Staaten verlegen oder eine Zweigniederlassung in diesen Staaten ohne Gefahr einer Gesetzesumgehung gründen können[17]. Als Gesellschaftsstatut muss das liberale Gründungsrecht von Liechtenstein gelten, da ein Missbrauch der Niederlassungsfreiheit – wie der EuGH in den Rechtssachen Centros und Inspire Art festgestellt hat – nicht anzunehmen ist, wenn „eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur gegründet wurde, um in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, und zwar auch dann nicht, wenn die betreffende Gesellschaft ihre Tätigkeiten hauptsächlich oder ausschließlich in diesem zweiten Staat ausübt."[18] Die Gründe für die Errichtung einer Gesellschaft in einem Mitgliedstaat sind also für die Anwendung der Vorschriften der Niederlassungsfreiheit irrelevant. Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH ist daher nicht vorstellbar, dass das kollisionsrechtliche Mittel der Feststellung einer Gesetzesumgehung in *Centros*-ähnlichen Fällen angewandt werden könnte, um das ausländische Gründungsrecht nicht gelten zu lassen und die inländischen Vorschriften auf Scheinauslandsgesellschaften anzuwenden.

---

[15] *Vékás*, Uniós alapvető (Fn. 4), S. 6.

[16] *Baudenbacher/Buschle*, Niederlassungsfreiheit (Fn. 10), S. 29.

[17] Insoweit trifft das Beispiel von *Vékás*, Uniós alapvető (Fn. 4), S. 13, hinsichtlich einer Liechtensteiner Gesellschaft nicht zu.

[18] EuGH, Urt. v. 30.9.2003, Rs. C-167/01 – *Kamer van Kophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.* No.96, RIW 2003, S. 957 (959).

V. Öffentliche Ordnung

Kein brauchbares Mittel wäre in solchen Fällen die Anwendung inländischen Rechts auf in anderen EG-Mitgliedstaaten rechtmäßig gegründete Gesellschaften aufgrund der ordre-public-Klausel. In dieser Hinsicht lässt die *Centros*-Entscheidung keine Zweifel[19]. Theoretisch wäre noch die Anwendung ungarischen Gesellschaftsrechts als Eingriffsrecht auf ausländische Gesellschaften vorstellbar. Der ungarische Oberste Gerichtshof hat aber in einem konkreten Fall, der nichts mit der Anwendung ausländischen Rechts zu tun hatte, die ordre-public-Widrigkeit der Nichtanwendung der Vorschriften des ungarischen Gesellschaftsrechts mit der Begründung verneint, dass das ungarische Gesetz über die Wirtschaftsgesellschaften keinen imperativen Charakter habe[20].

VI. Qualifikation

Die Qualifikation erfolgt im ungarischen IPR grundsätzlich gemäß der lex fori. Hinsichtlich der Reichweite des Gesellschaftsstatuts besagt das ungarische IPR, dass das Gesellschaftsstatut sich auf Fragen der Rechtsfähigkeit, der wirtschaftlichen Qualität, der Persönlichkeitsrechte und der Rechtsverhältnisse der Mitglieder untereinander erstreckt. Das IPRG erfasst nur juristische Personen, was insoweit ein zusätzliches Problem verursacht, wenn es um Gesellschaften geht, die nach ungarischem Gesellschaftsrecht keine juristische Personen sind, wie die OHG und die Kommanditgesellschaft. Die Reichweite des Gesellschaftsstatuts ist im Gesetz nicht weiter präzisiert worden, was zu Qualifikationsproblemen führen kann. Weil die Problematik der Reichweite des Gesellschaftsstatuts vor dem jetzt anhängigen *Cartesio*-Fall keine konkreten Fragen verursacht hat, hat sich die Theorie damit noch nicht befasst. Die Gerichte erhalten durch die Unklarheit der Reichweite des Gesellschaftsstatuts theoretisch jedoch die Möglichkeit, gewisse Institutionen als solche zu identifizieren, die nicht dem Gesellschaftsstatut angehören, und trotz ausländischen Gründungsstatuts diese Institutionen nach ungarischem Recht zu beurteilen.

Dieser kollisionsrechtliche Zauber durch die Einschränkung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts ist auch in der deutschen Literatur erörtert worden. So sagt z.B. *Mankowski* zur Ausdehnung des Insolvenzstatuts: „Das Insolvenzstatut

---

[19] So auch *Vékás*, Uniós alapvető (Fn. 4), S. 7.

[20] Im konkreten Fall (Legfelsőbb Bíróság Gf. VI.30848/1997/8. Bírósági Határozatok 1997. Nr. 489) ging es um die ordre-public-Widrigkeit eines schiedsgerichtlichen Urteils. Die Klägerin meinte im Berufungsverfahren, dass das Gesetz Nr. VI. 1988 (das damals geltende Gesetz über die Wirtschaftsgesellschaften) eine Eingriffsnorm darstelle und deswegen dessen Nichtanwendung gegen den ordre public verstoße. Der Oberste Gerichtshof hat zwar die außerordentliche Wichtigkeit des Gesetzes bejaht, die Folgen der Nichtanwendung im konkreten Fall aber nicht als ordre-public-widrig angesehen. Vgl. dazu *László Burián*, Gondolatok a közrendről, in: Magister Artis Boni et Aequi Studia in Honorem Németh János, Budapest 2003, S. 99 ff., insb. S. 120 f.

wird zunehmend attraktiver und vieles, was vorher in der Grauzone zwischen Kapitalgesellschafts- und Insolvenzrecht stolz vom Gesellschaftsrecht vereinnahmt wurde, wird nun flugs als insolvenzrechtlich qualifiziert."[21] Eine insolvenzrechtliche Qualifikation führt nämlich zur Anwendung der Insolvenzverordnung, deren Art. 4 die Anwendung der lex fori anordnet. Dass diese Methode trotzdem nicht unbedingt effektiv sein muss, zeigt die Untersuchung von *Spindler* und *Berner*[22]. Wenn statt ausländischen Gesellschaftsstatuts Ansprüche wegen einer Umqualifizierung nach inländischem Recht beurteilt werden, bedeutet das nicht, dass die Vorschriften des inländischen Rechts zu einer nicht gerechtfertigten Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen dürfen. Mit kollisionsrechtlichen Mitteln kann also die Niederlassungsfreiheit nicht beschränkt werden, es sei denn, dass die Beschränkung nach dem EG-Recht als gerechtfertigt eingestuft wird. Man kann nur hoffen, dass dieser Zustand – wie *Spindler* argumentiert – nicht einen „Race to the bottom"-Effekt auslösen wird[23].

VII. Der *Cartesio*-Fall – eine Möglichkeit für den EuGH, die Entscheidung in der Rechtssache *Daily Mail* zu überdenken

Der *Cartesio*-Fall ist – anders als die Fälle *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* – ein „Wegzugsfall". Es geht um die Frage, ob eine ungarische Kommanditgesellschaft, die Cartesio Bt., ein Recht darauf hat, ihren tatsächlichen und satzungsmäßigen Sitz nach Italien zu verlegen und die Änderung im ungarischen Firmenregister eintragen zu lassen, ohne die Gesellschaft in Ungarn auflösen und in Italien neu gründen zu müssen; eine der Rechtssache *Daily-Mail* ähnliche Situation. Man könnte wohl sagen: Zu schön, um wahr zu sein! Die genauen Gründe der Sitzverlegung bleiben im Dunklen. Die Gesellschaft – die nach ungarischem Recht keine juristische Persönlichkeit genießt – begründet die Sitzverlegung mit den Marktverhältnissen. Interessant, aber rechtlich keineswegs relevant ist die Tatsache, dass die Gesellschaft einem Ehepaar gehört und der Mann, der das Außenmitglied der Gesellschaft ist, ein Kollege an der Juristischen Fakultät der Universität Pécs ist, ein Kenner des EG-Rechts, der sich mit der Problematik von Sitzverlegungen und Grundfreiheiten seit langem beschäftigt. Der Fall hat also einen besonderen Bei-

---

[21] *Peter Mankowski*, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2004/2005 (Teil 1), in: RIW 2005, S. 481 (486).

[22] *Spindler/Berner,* Gläubigerschutz (Fn. 6).

[23] *Spindler/Berner,* Gläubigerschutz (Fn. 6), S. 16: Die letzten Modifizierungen des ungarischen Firmengesetzes durch das Gesetz LXI. 2007 deuten darauf hin, dass ein gewisser „race to the bottom"-Effekt doch existiert. Die Herabsenkung von Mindestkapitalsummen und die Vereinfachung der Gesellschaftsgründung werden mit der Bewahrung der Wettbewerbsfähigkeit des ungarischen Gesellschaftsrechts mit den Gesellschaftsrechten der anderen neuen Mitgliedstaaten begründet. Die Modifizierung des Firmenrechts zeigt wohl in diese Richtung.

geschmack. Diese Tatsache blieb dem EuGH aber nicht verborgen, da zwischen der von der Klägerin eingereichten Dokumentation auch eine vom Kollegen verfasste Studie über die Sitzverlegung zu finden ist[24].

Das zuständige Firmengericht hat den Antrag der Gesellschaft auf Registrierung der Sitzverlegung im Firmenregister mit der Begründung abgewiesen, dass sowohl das ungarische als auch das italienische Recht der Sitztheorie folgen. Das Firmengericht hat die Antragstellerin belehrt, dass sie sich entweder auflösen und in Italien neu gründen müsse oder eine Zweigniederlassung in Italien etablieren könne, wozu ihr das Recht die Möglichkeit gebe[25].

Die Klägerin hat sich ohne Erfolg auf das ungarische IPRG berufen, wonach das ungarische Recht der Gründungstheorie folgt. Genauso erfolglos war ihre Argumentation gestützt auf die vom EG-Recht garantierte Niederlassungsfreiheit. Das Firmengericht war der Meinung, dass das Gesellschaftsstatut im konkreten Fall unabhängig von Sitz- oder Gründungstheorie das ungarische Recht sei, weil die Gesellschaft in Ungarn inkorporiert wurde und dort auch ihren satzungsmäßigen Sitz habe. Da das ungarische Recht die Möglichkeit der Verlegung des tatsächlichen Sitzes samt Bewahrung des ungarischen Gesellschaftsstatuts nicht kenne, könne dieses Problem nur durch eine zukünftige positive Regelung im EG-Recht gelöst werden.

Vor der Berufungsinstanz hat sich die Klägerin zusätzlich darauf berufen, dass die Beibehaltung der ungarischen Nationalität der Gesellschaft bei einer Sitzverlegung nach dem ungarischen IPR möglich sei, aber die Geltung des ungarischen Gesellschaftsrechts nach dem GWG sich nur auf Gesellschaften mit Sitz in Ungarn erstrecke. Der Sitzverlegung stehen also nicht die IPR-Regelm, sondern die Bestimmungen des materiellen Gesellschaftsrechts sowie die Vorschriften über die Änderungseintragung im Firmengesetz im Wege. Dieser Rechtszustand sei mit der im EG-Recht garantierten Niederlassungsfreiheit unvereinbar. Die Klägerin hat für die Klärung der Auslegungsfragen die Initiierung eines Vorabentscheidungsverfahrens durch das letztinstanzliche Szegedi Itélőtábla (Tafelgericht) beantragt.

Das Tafelgericht hat mit einem Beschluss vom 20. April 2006 ein Vorabentscheidungsverfahren des EuGH initiiert und dem EuGH vier Fragen vorgelegt.

[24] *Péter Metzinger*, A de facto külföldi irányítású magyar társaságok székhelye és honossága az európai jog tükrében (de lege lata és de lege ferenda), in: Európai Jog 2006/3, S. 17 ff.

[25] Genauso argumentiert die Richterin des ungarischen Obersten Gerichtshofes *Ursula Vezekényi*, A közösségi jog jelenléte a magyar társasági jogban, in: Gyakorló jogászként az Európai Unióban HVG-Orac, Budapest 2004, S. 202 ff. Zum Überseering-Fall – jedenfalls noch vor der Änderung des Firmengesetzes – meint die Richterin, dass die Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit einer im Ausland rechtmäßig gegründeten Gesellschaft in Ungarn trotzdem nicht vorkommen könne. Das ungarische Recht folge der Sitztheorie, da die Rechtsfähigkeit einer Juristischen Person nach ihrem persönlichen Recht beurteilt wird. Das IPRG erkläre an erster Stelle das Recht jenes Landes für anwendbar, in welchem die Gesellschaft inkorporiert wurde, a.a.O., S. 207, – eine merkwürdige Argumentation!

Bezüglich des Problems der Sitzverlegung ist die vierte Frage von Bedeutung, die in drei Unterfragen gegliedert wurde[26].

A.: Fällt es in die Kompetenz des EG-Rechts oder sind – mangels Rechtsharmonisierung – ausschließlich die nationalen Rechtsvorschriften bei der Entscheidung maßgeblich, ob eine in Ungarn aufgrund des ungarischen Gesellschaftsrechts gegründete und ins Firmenregister eingetragene Gesellschaft ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der EU verlegen kann?

B.: Kann eine ungarische Gesellschaft einen Antrag auf die Verlegung ihres Sitzes unmittelbar auf das EG-Recht (Art. 43, 48 EG) stützen? Wenn diese Frage bejaht wird: Kann die Sitzverlegung seitens des „Wegzugs-" oder des „Zuzugs-" Staates von irgendeiner Vorbedingung oder Genehmigung abhängig gemacht werden?

C.: Können die Art. 43 und 48 des EG-Vertrages so ausgelegt werden, dass aufgrund dieser Bestimmungen eine interne (nationale) Regelung oder Praxis mit dem EG-Recht unvereinbar ist, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Rechte einer Gesellschaft zwischen Gesellschaften danach unterscheidet, in welchem Mitgliedstaat sich der Sitz der Gesellschaft befindet? Können die Art. 43 und 48 des EG-Vertrags dahingehend ausgelegt werden, dass aufgrund dieser Bestimmungen eine interne (nationale) Regelung oder Praxis mit dem EG-Recht unvereinbar ist, die verhindert, dass eine Gesellschaft ungarischen Rechts ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der EU verlegt?

Im Verfahren vor dem EuGH haben außer der Gesellschaft, der ungarischen Regierung und der Kommission die Regierungen von Irland und Polen sowie der Niederlande und der Tschechischen Republik schriftliche Stellungnahmen abgegeben. Der EuGH hat vor der mündlichen Verhandlung Fragen an die Kommission und an die anderen Beteiligten zur Klärung der Standpunkte gestellt. In der mündlichen Verhandlung im Juli 2007 hat auch das Vereinigte Königreich seinen Standpunkt zu Frage 4 erklärt. Die Meinungen divergieren darüber, ob die Sitzverlegung durch das EG-Primärrecht garantiert sei und ob infolge der Entscheidungen *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* und *SEVIC* eine Abkehr von der *Daily Mail*-Entscheidung möglich oder nötig sei. Generalanwalt *Maduro* hat seinen Schlussanträge am 22.5.2008 beim Gerichtshof eingereicht.

Der EuGH hat also erneut die Möglichkeit, seine *Daily Mail*-Entscheidung entweder zu bekräftigen oder abzuändern. Anders als in den Entscheidungen *Centros, Überseering* und *Inspire Art* geht es in diesem Fall um die EG-Rechtskonformität der internen Rechtsvorschriften eines Wegzugstaates. Ob das ungarische Recht die durch das EG-Primärrecht garantierte Niederlassungsfreiheit beschränkt und ob eine eventuell festgestellte Beschränkung zu rechtfertigen wäre, wird das Urteil des EuGH hoffentlich klären. Schon jetzt kann aber festgestellt

[26] Übersetzung des Verfassers aus dem Ungarischen.

werden, dass das ungarische IPR und das Gesellschaftsrecht auf diesem Gebiet miteinander abgestimmt werden sollten.

Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums

Renate Schaub

I. Einleitung

Das Recht des geistigen Eigentums besaß immer schon über die nationalen Rechtsordnungen hinausreichende Relevanz. Wegen der territorialen Begrenzung der Schutzrechte waren völkerrechtliche Verträge in diesem Rechtsgebiet seit jeher wichtig. In den letzten Jahrzehnten hat sich die internationale Bedeutung von Immaterialgüterrechten noch verstärkt: Sowohl der elektronische Geschäftsverkehr als auch der nichtelektronische Waren- und Dienstleistungsverkehr machen nicht vor nationalen Grenzen Halt. Welche Neuerung wird etwa heute noch in ein- und demselben Land erfunden, produziert und vermarktet? Und wenn das der Fall ist, dann ist eine solche Begrenzung möglicherweise sogar immaterialgüterrechtlichen Komplikationen geschuldet, die einer Vermarktung in anderen Ländern entgegenstehen. Ich werde mich heute – dem Obertitel der Konferenz entsprechend – auf die Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums als Teilaspekt der Internationalisierung dieses Rechtsgebiets konzentrieren. Beim Recht des geistigen Eigentums ist die Europäisierung schon relativ weit fortgeschritten. Daher setze ich den Schwerpunkt auf die Europäisierung des Immaterialgüterrechts als solche, weniger auf ihre Auswirkungen gerade im deutschen

Recht. An der Europäisierung des Immaterialgüterrechts lassen sich nämlich viele allgemeine Aspekte der Europäisierung aufzeigen, die auch in anderen Rechtsgebieten bedeutsam werden können.

Wegen ihrer Auswirkungen auf europäischen Binnenmarkt und Wettbewerb geraten Immaterialgüterrechte zunehmend in den Blick des europäischen Gesetzgebers. Die legislativen Maßnahmen reichen von der Ratifizierung völkerrechtlicher Verträge durch die EG selbst über die Angleichung nationaler Immaterialgüterrechte bis zur Schaffung gemeinschaftsweiter Immaterialgüterrechte. Die Europäisierung ist – schon wegen der heute relativ weit reichenden Kompetenzen der EG – intensiver als die Internationalisierung des Immaterialgüterrechts: Nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung müssen zunehmend an europäischen Vorgaben ausgerichtet und sämtliche Rechtsakte zum Schutz von Immaterialgüterrechten müssen miteinander koordiniert werden. Schon in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen ist das Immaterialgüterrecht aber meist ein komplexes und in zahlreiche Rechtsgebiete hineinreichendes Gebilde: Es wird geprägt von stark divergierenden Interessen der Beteiligten, so dass häufig unterschiedliche Konzeptionen und Begründungen des Schutzes geistigen Eigentums miteinander in Ausgleich gebracht werden müssen. Diese Probleme vervielfachen sich, wenn die Regeln über das geistige Eigentum für mehrere Staaten angeglichen werden sollen. Soll dann auch noch auf aktuelle faktische Entwicklungen reagiert werden, kann dies zu erheblichen Inkonsistenzen führen.

Im Folgenden sollen nach einer kurzen Schilderung der vorhandenen Ansätze zur Europäisierung und der sie prägenden Einflüsse und Maßstäbe exemplarisch einige Probleme der Europäisierung herausgearbeitet und mögliche Lösungsansätze und -strategien aufgezeigt werden.

II. Europäische Einflüsse auf das Recht des geistigen Eigentums

1. Ansätze zur Europäisierung

Die Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums folgt bislang keinem einheitlichen Muster; sie kann vielmehr mit einem äußerst uneinheitlichen und löchrigen Flickenteppich verglichen werden.

Besonders lückenhaft fällt dieser Teppich im Patentrecht aus: Zwar ermöglicht es das Europäische Patentübereinkommen seit 1973[1], nationale Patente (mit prioritätswahrender Wirkung) in mehreren Vertragsstaaten durch eine einzige Anmeldung zu erlangen; das europäische Patent wirkt also wie ein Bündel nationaler

[1] Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente (Europäisches Patentübereinkommen, EPÜ) vom 5.10.1973, BGBl. 1976 II, S. 826 in der Fassung der Akte zur Revision von Art. 63 EPÜ vom 17.12.1991 und der Akte zur Revision des EPÜ vom 29.11.2000, BGBl. 2007 II, S. 1082.

Patente. Jahrzehntelange Versuche, ein Gemeinschaftspatent zu schaffen, waren allerdings bislang erfolglos; das 1975 als völkerrechtlicher Vertrag abgeschlossene Gemeinschaftspatentübereinkommen[2] ist durch Verzögerungen bei der Ratifizierung bis heute nicht in Kraft getreten. Ob die in jüngster Zeit verstärkten Bemühungen der Kommission in diesem Bereich[3] eine spürbare Veränderung bewirken werden, bleibt abzuwarten. Als problematisch erweisen sich insbesondere die Vielsprachigkeit, die sich auf die notwendigen Übersetzungen von Patentschriften auswirkt, sowie die unterschiedlichen institutionellen Strukturen der Patentanmeldung und -durchsetzung in den Einzelstaaten. Daher beschränkt sich die Rechtsangleichung bislang auf einzelne Aspekte des materiellen Patentrechts der Mitgliedstaaten, etwa in der Biotechnologie-Richtlinie, die Grundlinien für die Patentierbarkeit biotechnologischer Erfindungen festlegt[4]. Gescheitert ist der Vorschlag einer Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen[5]. Hier wurde insbesondere über Voraussetzungen und Umfang des Schutzes gestritten – eine Frage, die richtungweisend für Diskussionen auch in anderen Bereichen der Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums sein dürfte.

Im Urheberrecht ist die Europäisierung ebenfalls nur punktuell. Sie erfolgte für Einzelaspekte des materiellen Urheberrechts durch mittlerweile sieben Richtlinien[6]; einige dieser Angleichungsmaßnahmen waren auch durch den Beitritt der

---

[2] Übereinkommen 6/76/EWG über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt von Luxemburg vom 15.12.1975, ABl. EG Nr. L 17 vom 26.1.1976, S. 1 ff., in der Fassung der Vereinbarung 89/695/EWG über Gemeinschaftspatente vom 15.12.1989, ABl. EG Nr. L 401 vom 30.12.1989, S. 1 ff. (BGBl. 1991 II, S. 1354).

[3] S. insb. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Vertiefung des Patentsystems in Europa, 3.4.2007, KOM (2007) 165 endg.

[4] Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 über den Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. EG Nr. L 213 vom 30.7.1998, S. 13 ff.

[5] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen vom 20.2.2002, KOM (2002) 91 endg.; Ablehnung durch das Europäische Parlament, ABl. EU Nr. C 157E vom 6.7.2006, S. 265.

[6] Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG Nr. L 122 vom 17.5.1991, S. 42; Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27.9.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. EG Nr. L 248 vom 6.10.1993, S. 15; Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. EG Nr. L 77 vom 27.3.1996, S. 20; Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG Nr. L 167 vom 22.6.2001, S. 10 ff.; Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.9.2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. EG Nr. L 272 vom 13.10.2001, S. 32 ff.; Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung), ABl. EU Nr. L 376 vom 27.12.2006, S. 28 ff.; Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung), ABl. EU Nr. L 372 vom 27.12.2006, S. 12 ff.

EG sowie der einzelnen Mitgliedstaaten zum WIPO-Urheberrechtsvertrag[7] und zum WIPO-Vertrag[8] über Darbietungen und Tonträger erforderlich geworden. In Vorbereitung ist eine gemeinschaftsrechtliche Regelung der Wahrnehmung der Urheberrechte[9], weil hier in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen erhebliche, den Binnenmarkt beeinträchtigende Unterschiede festgestellt wurden. Bis auf die Richtlinie über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft[10], die einen horizontalen Harmonisierungsansatz verfolgt, beschränken sich die Harmonisierungsmaßnahmen im Urheberrecht bislang größtenteils auf Einzelfragen. Die interne Abstimmung der Richtlinien hält die Kommission einem 2004 veröffentlichten Arbeitspapier zufolge für weitgehend ausreichend[11], man sieht also die Flicken in diesem Stück des Teppichs als hinreichend miteinander vernäht an. Ein übergreifender Ansatz wurde hier – wohl wegen grundlegender Unterschiede der einzelstaatlichen Urheberrechtskonzeptionen (Stichworte „copyright" und „droit d'auteur") – bislang nicht erwogen.

Der markenrechtliche Teil des Flickenteppichs europäischer Rechtsangleichung ist dichter, allerdings recht bunt: Nach der ersten Rechtsangleichung durch die Markenrechtsrichtlinie 1988[12] wurde 1993 die Gemeinschaftsmarkenverordnung geschaffen[13]. Hier ist gelungen, was im Patentrecht bislang vergeblich versucht wurde: Aufgrund einer einzigen Markenanmeldung kann eine Marke für das Gebiet der gesamten Europäischen Gemeinschaft eingetragen werden. Außerdem ist die EG zum 1. Oktober 2004 dem Protokoll zum Madrider Abkommen über

---

[7] WIPO Copyright Treaty, WCT, vom 20.12.1996, www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html, Stand: 25.3.2007.

[8] WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT, vom 20.12.1996, www.wipo.int/ treaties/en/ip/wppt/trtdocs_wo034.html, Stand: 25.3.2007.

[9] S. insb. Bericht des Europäischen Parlaments (Ausschuss für Recht und Binnenmarkt) über einen Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts, 2002/2274 (INI) vom 11.12.2003; Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss: Die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt, KOM (2004) 261 endg.

[10] Richtlinie 2001/29/EG (Fn. 6).

[11] Commission Staff Working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC (2004) 995 vom 19.7.2004. Die Satelliten- und Kabelweiterverbreitungsrichtlinie (Richtlinie 93/83/EWG [Fn. 6]) ist allerdings Gegenstand eines separaten Revisionsprozesses, KOM (2002) 430 endg. vom 26.7.2002.

[12] Erste Richtlinie des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG), ABl. EG Nr. L 40 vom 11.2.1989, S. 1; Berichtigung: ABl. EG Nr. L 159 vom 10.6.1989, S. 60; Änderung: ABl. EG Nr. L 6 vom 11.1.1992, S. 35.

[13] Verordnung 40/94/EG des Rates vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. EG Nr. L 11 vom 14.1.1994, S. 1 ff., geändert durch Verordnung 3288/94/EG des Rates vom 22.12.1994, ABl. EG Nr. L 349 vom 31.12.1994, S. 83 ff., geändert durch Verordnung 1653/2003/EG des Rates vom 18.6.2003, ABl. EU Nr. L 245 vom 29.9.2003, S. 36 ff., geändert durch Verordnung 1992/2003/EG des Rates vom 27.10.2003, ABl. EU Nr. L 296 vom 14.11.2003, S. 1 ff., geändert durch Verordnung 422/2004/EG des Rates vom 19.2.2004, ABl. EU Nr. L 70 vom 9.3.2004, S. 1 ff.

die internationale Registrierung von Marken[14] beigetreten, wodurch eine räumliche Ausdehnung von Gemeinschaftsmarken auf Drittstaaten erleichtert und zugleich das System der Gemeinschaftsmarke für Inhaber internationaler Marken nach dem Madrider Protokoll geöffnet wurde[15]. Hier zeigt sich die zunehmende Verzahnung von europäischem Immaterialgüterrecht und sonstigen internationalen Rechtsakten auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, die der Internationalisierung des Wirtschaftsverkehrs, die an den Grenzen der Gemeinschaft nicht Halt macht, Rechnung trägt.

In ähnlicher Weise wie bei den ersten Schritten im Markenrecht erfolgte im Geschmacksmusterrecht die Rechtsangleichung: Auf die Geschmacksmusterrichtlinie von 1998[16] folgte 2002 die Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster[17].

Daneben existieren weitere immaterialgüterrechtliche Richtlinien und Verordnungen für Einzelbereiche, etwa für den Schutz geografischer Herkunftsangaben[18], für den Sortenschutz[19] oder den Schutz von Halbleitererzeugnissen[20].

Über diesen so schon recht vielfältigen Flickenteppich wurde mit der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte geistigen Eigentums[21] sozusagen eine weitere Schicht gelegt: Ursprünglich zur Bekämpfung der Produktpiraterie entwickelt, soll diese Richtlinie jetzt vor allem die Unterschiede bei den Instrumenten zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in den einzelnen Mitgliedstaaten reduzieren, um ein „hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für geistiges Eigentum im Binnenmarkt" zu gewährleisten[22]. Dafür werden Rahmenbedin-

---

[14] Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken vom 14.4.1891, zuletzt geändert am 28.9.1979, www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/trtdocs_wo015.html, Stand: 25.3.2007.

[15] S. zu diesen Wirkungen hier nur *Alexander von Mühlendahl*, Die Bedeutung der EU-Erweiterung und der Ausweitung des Madrider Markensystems für die Gemeinschaftsmarke und die Arbeit des HABM, in: GRUR 2005, S. 113 (116 ff.); *Andrea Jaeger-Lenz/Sven Freiwald*, Die Bedeutung der Erweiterung des Madrider Markensystems für die markenrechtliche Praxis, in: GRUR 2005, S. 118 ff.

[16] Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. EG Nr. L 289 vom 28.10.1998, S. 28 ff.

[17] Verordnung 6/2002/EG des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. EG Nr. L 3 vom 5.1.2002, S. 1 ff.

[18] Verordnung 2081/92/EWG des Rates vom 14.7.1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. EG Nr. L 208 vom 24.7.1992, S. 1 ff.; jetzt Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates vom 20.3.2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. EU Nr. L 93 vom 31.3.2006, S. 12 ff.

[19] Verordnung 2100/94/EG des Rates vom 27.7.1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABl. EG Nr. L 227 vom 1.9.1994, S. 1 ff.

[20] Richtlinie 87/54/EWG des Rates vom 16.12.1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen, ABl. EG Nr. L 24 vom 27.1.1987, S. 36 ff.

[21] Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16 (geänderte Fassung ABl. EU Nr. L 157 vom 30.4.2004, S. 45 ff.).

[22] A.a.O., Begründungserwägung 10.

gungen für das Verfahrensrecht und die Sanktionen bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten vorgegeben. Mit dieser Richtlinie wird erstmals ein übergreifender Harmonisierungsansatz für alle Sektoren des Immaterialgüterrechts verfolgt, der weit in Rechtsgebiete jenseits des Immaterialgüterrechts hineinreicht. Problematisch ist allerdings, dass lediglich Rahmenbedingungen vorgegeben werden, die dem nationalen Gesetzgeber noch einen weiten Spielraum lassen. Da aber weder Prozessrecht noch materielles Sanktionenrecht bisher in nennenswertem Umfang Gegenstand gemeinschaftsrechtlicher Regelungen waren, fehlt eine Grundlage für die Lückenfüllung nach Gemeinschaftsrecht. Der somit neben der Richtlinie noch in großem Umfang erforderliche Rückgriff auf nationales Recht dürfte den Angleichungserfolg der Richtlinie erheblich schmälern.

2. Einflüsse und Maßstäbe

Maßgeblicher Grund für die punktuelle, gleichwohl fast alle Bereiche des Rechts des geistigen Eigentums durchdringende europäische Rechtsangleichung dürften europarechtliche Vorgaben sein. Sie wirken in immer stärkerem Maße auf das Immaterialgüterrecht ein – auf Rechtsanwendung und Rechtsetzung gleichermaßen. Im Einzelnen handelt es sich bei diesen Vorgaben um die Kompetenznormen, die Regelungen über den freien Waren- bzw. Dienstleistungsverkehr, das europäische Wettbewerbsrecht sowie neuerdings auch die Grund- bzw. Menschenrechte der Unionsbürger. Selbst bei grober Unterteilung sind es also mindestens vier Rechtsgebiete, deren Regeln auf die Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums gleichsam „von oben her" einwirken. Kombiniert man diese mit den aus den nationalen Rechtsordnungen auf die Ebene der europäischen Rechtssetzung transportierten unterschiedlichen immaterialgüterrechtlichen Konzeptionen, also den Einflüssen „von unten her", ergibt sich ein äußerst diffiziles Webmuster für das europäische Recht des geistigen Eigentums – um beim Bild des Teppichs zu bleiben. Die relevanten Regeln über Zuständigkeit, Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht sollen an dieser Stelle kurz dargestellt werden, auf den Einfluss der Grund- bzw. Menschenrechte werde ich später im Zusammenhang mit einem Beispielsfall ausführlicher eingehen.

Die europäische Rechtsangleichung im Immaterialgüterrecht kann kompetenzrechtlich häufig auf die allgemeine Kompetenznorm für die Rechtsangleichung im Binnenmarkt (Artikel 95 EG) gestützt werden[23]. Im Urheberrecht wird allerdings Artikel 151 Absatz 5 EG, wonach die Gemeinschaft zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf „künstlerisches und literari-

[23] Dazu insb. EuGH, 15.11.1994, Slg. 1994 I-5267 Rn. 59 – WTO-Gutachten; EuGH, 13.7.1995, Slg. 1995, I-1985 Rn. 32 ff. – Königreich Spanien/Rat; EuGH, 12.9.2006, Slg. 2006, I-8089 Rn. 31 ff. – Laserdisken; *Karen Kaiser*, Geistiges Eigentum und Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 56 ff.; *Jörg Reinbothe*, Hat die Europäische Gemeinschaft dem Urheberrecht gutgetan? – Eine Bilanz des Europäischen Urheberrechts, in: A. Ohly u.a. (Hrsg.), FS Gerhard Schricker, 2005, S. 483 (485); *Jörg Gundel*, Die Europäische Gemeinschaft im Geflecht des internationalen Systems zum Schutz des geistigen Eigentums, in: ZUM 2007, S. 603 (606 f.).

sches Schaffen, einschließlich im audiovisuellen Bereich […] Fördermaßnahmen unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ erlässt bzw. Empfehlungen abgibt, bislang wenig Beachtung geschenkt[24]. Die gleichwohl in diesem Bereich vorgenommene Rechtsangleichung dürfte jedoch mit dem Argument begründbar sein, dass – jedenfalls bei den bislang verabschiedeten Richtlinien – nicht das künstlerische und literarische Schaffen im Vordergrund der Regelungen steht, das Harmonisierungsverbot aber nur für primär kulturrelevante Maßnahmen gilt[25]. Bei Inanspruchnahme der Binnenmarktkompetenz nach Artikel 95 EG ist stets das Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5 EG zu beachten. Das bedeutet für das Immaterialgüterrecht insbesondere, dass zunächst zu prüfen ist, ob sich das Regelungsziel nicht bereits durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten – wie etwa die Gewährung von Inländerbehandlung[26] – erreichen lässt. Weiterhin ist bei der Entscheidung darüber, ob mitgliedstaatliche Immaterialgüterrechte angeglichen oder gemeinschaftsweite Immaterialgüterrechte geschaffen werden – und mit welchem Grad an Verbindlichkeit und Regelungsdichte solche Maßnahmen erfolgen – Artikel 5 Absatz 3 EG im Blick zu behalten. Auch wenn der Rahmen einer Angleichung des Rechts der Mitgliedstaaten überschritten wird, genügt Artikel 95 EG als Kompetenzgrundlage nicht mehr; in solchen Fällen ist auf Artikel 308 EG zurückzugreifen[27]. Für die Zukunft sieht der Vertrag von Lissabon in Artikel 97a eine eigenständige Kompetenznorm für die Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union sowie zur Einführung von zentralisierten Zulassungs-, Koordinierungs- und Kontrollregelungen auf Unionsebene vor.

Weiterhin haben die Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt große Bedeutung für die Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums. Einerseits können einzelstaatliche Immaterialgüterrechte wegen ihrer territorialen Begren-

[24] Dazu insb. *Reto Hilty*, Intellectual Property and the European Community’s Internal Market Legislation – Copyright in the Internal Market, in: IIC 2004, S. 760 (763).

[25] S. insb. *Hermann-Josef Blanke*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 151 EG Rn. 18; *Georg Ress/Jörg Ukrow*, in: E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 151 EG (Oktober 2007) Rn. 97 ff. Noch weitergehend *Jürgen Schwarze*, Grenzen der Harmonisierungskompetenz der EG im Presserecht, in: ZUM 2002, S. 89 (91 f.).

[26] Die Inländerbehandlung, nach der im Rahmen völkerrechtlicher Verträge nationale – und zugleich territorial begrenzte – Schutzrechte auch gegenüber Angehörigen anderer Vertragsstaaten geöffnet wurden, war historisch der erste Schritt bei der Internationalisierung des Immaterialgüterrechts (s. etwa Art. 5 Abs. 1 der Revidierten Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst [RBÜ] vom 9.9.1886, zuletzt geändert 28.9.1979, www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf, Stand: 25.3.2008; Art. 2 der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums [PVÜ] vom 14.12.1900, zuletzt geändert 28.9.1979, www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf, Stand: 25.3.2008).

[27] EuGH, 15.11.1994, Slg. 1994, I-5267 Rn. 59 – WTO-Gutachten; EuGH, 9.10.2001, Slg. 2001, I-7079 Rn. 24 f. – Niederlande/Rat; EuGH, 2.5.2006, Slg. 2006, I-3733 Rn. 37 – Parlament/Rat; *Gundel*, Europäische Gemeinschaft (Fn. 23), S. 607; a.A. *Kaiser*, Geistiges Eigentum (Fn. 23), S. 67 ff.

zung und ihres Ausschließlichkeitscharakters die Grundfreiheiten beeinträchtigen. Andererseits werden diese Rechte durch Artikel 295 EG geschützt und Behinderungen des freien Waren- oder Dienstleistungsverkehrs können nach Artikel 30 EG[28] zum „Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums"[29] gerechtfertigt sein, wenn sie „weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen" (Artikel 30 Satz 2 EG). Zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses zwischen Grundfreiheiten einerseits und nationalen Immaterialgüterrechten andererseits unterscheidet der EuGH zwischen Bestand und Ausübung der Immaterialgüterrechte: Ein Kernbereich des nationalen Immaterialgüterrechtsschutzes („spezifischer Gegenstand", der für jedes Immaterialgüterrecht gesondert zu bestimmen ist) muss erhalten bleiben, und nur das Gebrauchmachen von solchen Rechten jenseits des Kernbereichs kann zu einer Beeinträchtigung von Grundfreiheiten führen[30]. Sofern ein immaterialgüterrechtlich geschützter Gegenstand allerdings vom Rechtsinhaber oder von einer anderen Person mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht wurde, hat dies eine gemeinschaftsweite Erschöpfung des Schutzrechts zur Folge, so dass sich der Rechtsinhaber einer Einfuhr in seinen Sitzstaat nicht mehr widersetzen kann[31]. Innerhalb dieser Grenzlinien zum Verhältnis von Grundfreiheiten und nationalen Immaterialgüterrechten wird sich auch die Angleichung der einzelstaatlichen Regeln des Rechts des geistigen Eigentums halten müssen.

Schließlich sind auch die Wechselwirkungen zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und nationalen Immaterialgüterrechten im Rahmen der Europäisie-

[28] Die Vorschrift wird vom EuGH auf Beeinträchtigungen des freien Dienstleistungsverkehrs entsprechend angewandt, s. nur EuGH, 18.3.1980, Rs. 62/79, Slg. 1980, 881 Rn. 15 – Coditel/Ciné Vog Films.

[29] Darunter wird ein weites Spektrum von Immaterialgüterrechten einschließlich des Urheberrechts verstanden, s. nur *Stefan Leible*, in: Grabitz/Hilf, Recht der Europäischen Union (Fn. 25), Art. 30 EGV (Oktober 2007) Rn. 19; *Thorsten Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV (Rn. 25), Art. 30 EGV Rn. 207.

[30] S. insb. EuGH, 8.6.1971, Slg. 1971, 487 Rn. 11 – Deutsche Grammophon/Metro-SB-Großmärkte; 31.10.1974, Slg. 1974, 1183 Rn. 4/7 – Centrafarm/Winthrop; 23.5.1978, Slg. 1978, 1139 Rn. 6 – Hoffmann-La Roche/Centrafarm; 10.10.1978, Slg. 1978, 1823 Rn. 9 f. – Centrafarm/American Products; 22.1.1981, Slg. 1981, 181 Rn. 11 – Dansk Supermarked/Imerco; 3.12.1981, Slg. 1981, 2913 Rn. 6 – Pfizer/Eurim-Pharm; 20.10.1993, Slg. 1993, I-5145 Rn. 20 – Phil Colllins.

[31] Grundlegend zum Erschöpfungsgrundsatz insb. EuGH, 8.6.1971, Slg. 1971, 487 Rn. 13 – Deutsche Grammophon/Metro-SB-Großmärkte; 3.7.1974, Slg. 1974, 731 Rn. 12/13 ff. – Van Zuylen/Hag; 31.10.1974, Slg. 1974, 1183 Rn. 9/11 f. – Centrafarm/Winthrop; 22.6.1976, Slg. 1976, 1039 Rn. 6 – Terrapin/Terranova; 20.1.1981, Slg. 1981, 147 Rn. 16 ff. – Musik-Vertrieb Membran/GEMA; 22.1.1981, Slg. 1981, 181 Rn. 11 – Dansk Supermarked/Imerco; 14.7.1981, Slg. 1981, 2063 Rn. 6 ff. – Merck/Stephar; 14.9.1982, Slg. 1982, 2853 Rn. 25 – Keurkoop/Nancy Kean Gifts; 13.7.1989, Slg. 1989, I-2521 Rn. 11 – Tournier; 22.6.1994, Slg. 1994, I-2789 Rn. 34 – IHT Internationale Heiztechnik und Danziger; 5.12.1996, Slg. 1996, I-6285 Rn. 51 ff. – Merck und Beecham; zu neueren Entwicklungen zusammenfassend *Stefan Enchelmaier*, The Inexhaustible Question – Free Movement of Goods and Intellectual Property in the European Court of Justice's Case Law, 2002-2006, in: IIC 2007, S. 453 ff.

rung des Rechts des geistigen Eigentums zu beachten. Immaterialgüterrechte können als Ausschließlichkeitsrechte zu Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne der Artikel 81, 82 EG führen[32]. Insbesondere Kooperationsvereinbarungen mehrerer Inhaber solcher Rechte und Lizenzverträge sind an Artikel 81 EG zu messen[33]. Artikel 82 EG kann insbesondere dann eingreifen, wenn sich die Verweigerung einer Lizenz als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung erweist[34]. Allerdings dürften diese Regelungen bei der Europäisierung des Immaterialgüterrechts eine geringere praktische Rolle spielen als die Grundfreiheiten, weil sie in erster Linie für Individualvereinbarungen relevant sind. Sie stehen der Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums als solcher in der Regel nicht entgegen (auch insoweit ist der „Bestand" der Immaterialgüterrechte geschützt), können aber verhindern, dass derartige Ausschließlichkeitsrechte im Einzelfall den Wettbewerb beeinträchtigen.

III. Ausgewählte Probleme der Europäisierung

1. Beispielsfall: Budweiser

Wie sich das Zusammenwirken unterschiedlicher höherrangiger Normen und mehrerer Harmonisierungsakte im Einzelfall auswirkt, lässt sich exemplarisch an einer Fallgestaltung darstellen, die in unterschiedlichen Varianten seit den 1980er Jahren Gerichte in aller Welt beschäftigt hat. Es geht um Streitigkeiten zwischen der in České Budějovice (auf Deutsch: Budweis) in der Tschechischen Republik ansässigen Brauerei Budějovický Budvar, národní podnik und der Brauerei Anheuser-Busch Inc. aus St. Louis (USA). Diese beiden Produzenten von „Budweiser" Bier haben im Rahmen ihrer bis heute andauernden Streitigkeiten die Entwicklung des europäischen Immaterialgüterrechts an bestimmten Stellen sichtbar beeinflusst. Die tschechische Brauerei, Nachfolgerin eines 1895 in Budweis gegründeten Unternehmens, vermarktet Bier mit der Bezeichnung „Budweiser Budvar". Dafür hat sie in zahlreichen europäischen Ländern Marken eintragen lassen, insbesondere „Budvar", „Budweiser", „Budweiser Budvar", „Budweiser Budbräu" sowie „Bud" (Letzteres als Wort-Bildmarke). Sie beruft sich darauf, dass die Bierbrauer in Budweis bereits im 13. Jahrhundert von König Ottakar II. von Böhmen Braurechte erhalten hätten und dass „Budweiser" für eine spezielle Braumethode

---

[32] Diese Vorschriften können neben denjenigen über die Grundfreiheiten anzuwenden sein, weil beide Regelungskomplexe unterschiedliche Zwecke verfolgen, s. insb. EuGH, 8.6.1982, Slg. 1982, 2015 Rn. 63 – Nungesser/Kommission („Maissaatgut"); *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 28 Rn. 26 m.w.N.

[33] S. dazu nur *Hanns Ullrich/Andreas Heinemann*, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 4. Aufl. 2007, GRUR Rn. B 1 ff. m.w.N.

[34] S. dazu insb. *Ullrich/Heinemann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Fn. 33), GRUR Rn. B 42 ff. m.w.N.

stehe. In den USA vermarktet die Firma Anheuser-Busch mindestens seit 1876 auf dem örtlichen Markt ein Bier namens „Budweiser“, das später abgekürzt „Bud“ genannt wurde. 1911 hatten die in České Budějovice ansässigen Brauereien der Benutzung der Marke „Budweiser“ durch Anheuser-Busch auf den außereuropäischen Märkten zugestimmt; 1939 erhielt Anheuser-Busch von den tschechischen Brauereien das ausschließliche Recht, die Bezeichnung „Budweiser“ auf dem amerikanischen Markt zu verwenden. In den 1980er Jahren begann Anheuser-Busch, das Bier auch nach Europa zu exportieren. Seitdem wurden kennzeichenrechtliche Streitigkeiten zwischen beiden Unternehmen vor zahlreichen europäischen und außereuropäischen Gerichten ausgetragen – vom englischen Court of Appeal (1984)[35] über dänische[36], schwedische[37], österreichische[38], italienische[39], portugiesische[40] und finnische[41] Gerichte bis zum europäischen Gericht Erster Instanz[42], dem Europäischen Gerichtshof[43] und schließlich dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte[44]; deutsche Gerichte waren in einer etwas anderen Konstellation ebenfalls mit „Budweiser Bier“ befasst[45]. Diese Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit; so konnte ich etwa in der mir zugänglichen Literatur über ungarische Fälle nichts finden. Die Gerichte hatten sich mit Fragen des Kennzeichenschutzes beider Beteiligten nach europäischem Recht, nationalem Recht und/oder Völkerrecht zu befassen – Haupt-Streitpunkte waren Fragen des Kennzeichenrechts[46], des Rechts geografischer Herkunftsangaben[47],

---

[35] IIC 1985, 627.

[36] Copenhagen Court of Appeals, IIC 2000, 104; Vollstreckungsgericht Tarnby, GRUR Int. 1999, 178.

[37] Supreme Court (Högsta Domstolen), IIC 1989, 908.

[38] OGH, GRUR Int. 2000, 791; OGH, GRUR Int. 2006, 1037.

[39] Supreme Court Italy, IIC 2003, 676.

[40] Supreme Court Portugal, IIC 2003, 682.

[41] Korkein oikeus (Finnland), Vorlage an den EuGH vom 3.7.2002, s. EuGH, 16.11.2004, Rs. C-245/02 – Anheuser-Busch Inc./Budějovický Budvar, národní podnik, GRUR Int. 2005, 231.

[42] EuG, 12.06.2007, Rs. T-57/04 und T-71/04 – Budějovický Budvar, národní podnik/Anheuser-Busch, Inc., GRUR Int. 2007, 910.

[43] EuGH, 18.11.2003, Rs. C-216/01 – Budějovický Budvar/Ammersin GmbH (American Bud), GRUR Int. 2004, 131; EuGH, 16.11.2004, Rs. C-245/02 – Anheuser-Busch Inc./Budějovický Budvar, národní podnik, GRUR Int. 2005, 231.

[44] EGMR (2. Sektion), 11.10.2005, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal; EGMR (Große Kammer), 11.1.2007, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal.

[45] OLG Köln, GRUR-RR 2001, 207 – Budweiser; BGH, GRUR-RR 2002, 152 (Zurückweisung der Revision im gleichen Fall).

[46] So in EuGH, 16.11.2004, Rs. C-245/02 – Anheuser-Busch Inc./Budějovický Budvar, národní podnik, GRUR Int. 2005, 231, dazu insb. *Sebastian Heim*, Der Schutz von Handelsnamen unter dem TRIPS-Übereinkommen – Zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung Anheuser-Busch EuGH, Rs. C-245/02, in: GRUR Int. 2005, S. 545 (550 ff.), *Christian Rohnke*, Das rechtsverletzende Unternehmenskennzeichen nach dem EuGH-Urteil Anheuser-Busch/Budvar, in: H.-J. Ahrens/J. Bornkamm/H.-P. Kunz-Hallstein (Hrsg.), FS Eike Ullmann, 2006, S. 359 (364 ff.); EuG, 12.06.2007, Rs. T-57/04 und T-71/04 – Budějovický Budvar, národní podnik/Anheuser-Busch, Inc., GRUR Int. 2007, 910.

des Verhältnisses beider Schutzsysteme zueinander[48] sowie der Einwirkungen europäischen Rechts (insbesondere der Warenverkehrsfreiheit)[49], völkerrechtlicher Verträge[50] und europäischer Menschenrechte[51].

Mit dem letzten Aspekt haben die streitenden Bierbrauereien möglicherweise den bislang wichtigsten Beitrag zur Fortentwicklung des europäischen Immaterialgüterrechts geleistet: Anheuser-Busch hatte in Portugal 1981 die Eintragung der Marke „Budweiser" beantragt. Dagegen wehrte sich Budějovický Budvar unter Berufung auf eine Registrierung der Herkunftsbezeichnung „Budweiser Bier" nach dem Lissabonner Abkommen über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und ihre internationale Registrierung[52]. Hierauf betrieb Anheuser-Busch erfolgreich die Löschung der Bezeichnung „Budweiser Bier", da es sich dabei nicht um eine Ursprungsbezeichnung im Sinne dieses Abkommens handele. Daraufhin wurde die Marke für Anheuser-Busch eingetragen, wogegen sich Budějovický Budvar nunmehr mit dem Hinweis auf ein 1986 abgeschlossenes und 1987 in Kraft getretenes bilaterales Abkommen zwischen Portugal und der Tschechoslowakei über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und anderen geographischen Herkunftsangaben[53] wehrte. Anheuser-Busch bestritt die Anwendbarkeit dieses Abkommens. Nach weiteren Verfahrensschritten, in denen unter anderem über eine vorrangige Anwendbarkeit des TRIPS-Übereinkommens[54] gestritten wurde, lehnte 2001, also 20 Jahre nach dem ersten Eintragungsantrag, der Oberste Gerichtshof von Portugal die Markeneintragung für Anheuser-Busch wegen Un-

---

[47] So in EuGH, 18.11.2003, Rs. C-216/01 – Budějovický Budvar/Ammersin GmbH (American Bud), GRUR Int. 2004, 131 Rn. 78, kritisch *Hagen Meyer/Barbara Klaus*, Budějovický Budvar gegen Rudolf Ammersin oder: Ist „Bud" eine gemeinschaftsrechtlich geschützte Herkunftsangabe?, in: WRP 2004, S. 131 (134 ff.), *Wolfgang Büscher*, Neuere Entwicklungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs zu den geographischen Herkunftsangaben, in: GRUR Int. 2005, S. 801 (806); EuG, 12.06.2007, Rs. T-57/04 und T-71/04 – Budějovický Budvar, národní podnik/Anheuser-Busch, Inc., GRUR Int. 2007, 910.

[48] So insb. in EuG, 12.06.2007, Rs. T-57/04 und T-71/04 – Budějovický Budvar, národní podnik/Anheuser-Busch, Inc., GRUR Int. 2007, 910. S. dazu auch *Meyer/Klaus*, Budějovický Budvar (Fn. 47), S. 136.

[49] S. EuGH, 18.11.2003, Rs. C-216/01 – Budějovický Budvar/Ammersin GmbH (American Bud), GRUR Int. 2004, 131 Rn. 102, 111.

[50] S. EuGH, 18.11.2003, Rs. C-216/01 – Budějovický Budvar/Ammersin GmbH (American Bud), GRUR Int. 2004, 131 Rn. 5, 53 ff., 112 ff.; EuGH, 16.11.2004, Rs. C-245/02 – Anheuser-Busch Inc./Budějovický Budvar, národní podnik, GRUR Int. 2005, 231.

[51] S. EGMR (2. Sektion), 11.10.2005, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal; EGMR (Große Kammer), 11.1.2007, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal.

[52] Lissabonner Abkommen über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und ihre internationale Registrierung vom 31.10.1958, zuletzt geändert 28.9.1979, www.wipo.int/lisbon/en/legal_texts/lisbon_agreement.htm, Stand: 25.3.2008.

[53] Abkommen zwischen den Regierungen Portugals und der Sozialistischen Republik Tschechoslowakei vom 10.1.1986 über den Schutz von Ursprungsangaben und Herkunftsbezeichnungen sowie anderer geographischer oder ähnlicher Angaben, s. dazu den Hinweis in: GRUR Int. 1988, S. 609.

[54] Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, abgedruckt z.B. in: GRUR Int. 1994, S. 128 ff.

vereinbarkeit mit dem Abkommen von 1986 ab[55]. Anheuser-Busch erhob nun Klage vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und rügte dort eine Verletzung von Artikel 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten („Schutz des Eigentums“). Die Anwendung des Abkommens von 1986 verletze das Unternehmen in seinem Eigentumsrecht, das bereits durch die Markenanmeldung im Jahr 1981 begründet worden sei. Diese Enteignung sei nicht, wie nach Artikel 1 Absatz 2 des 1. Zusatzprotokolls erforderlich, im Interesse der Allgemeinheit erfolgt. Dagegen betonte die portugiesische Regierung, dass nach portugiesischem Recht „Eigentum“ erst mit der endgültigen Eintragung der Marke entstehe. Somit hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erstmals ausdrücklich darüber zu entscheiden, ob geistiges Eigentum von der Eigentumsdefinition in dieser Vorschrift erfasst wird und ob gegebenenfalls solches Eigentum bereits mit der Anmeldung eines Schutzrechts entsteht. Bereits früher hatte die Europäische Kommission für Menschenrechte angenommen, dass geistiges Eigentum von Artikel 1 des 1. Zusatzprotokolls erfasst werde[56], der Gerichtshof hatte die Frage bisher jedoch weitgehend offen lassen können[57]. Im Fall „Anheuser-Busch gegen Portugal“ entschied das Gericht, dass sich die Regelung auch auf geistiges Eigentum beziehe[58]. Problematisiert wurde lediglich, ob auch die durch die bloße Markenanmeldung begründeten Rechte geschützt sind. Das lehnte das Gericht zunächst mehrheitlich ab[59], zwei Richter gaben zu diesem Aspekt jedoch ein abweichendes Votum ab[60]. Nachdem der Fall der Großen Kammer des Gerichtshofs vorgelegt worden war, entschied diese in der Frage des Schutzes der durch die Anmeldung begründeten Rechte gerade umgekehrt, sah also auch diese als geschützt an[61]. Trotzdem hatte die Klage von Anheuser-Busch keinen Erfolg, weil im Ergebnis eine Verletzung des Eigentumsrechts abgelehnt wurde[62]. Gegen die Einbeziehung der Rechte aus der Markenanmeldung in das Eigentumsrecht wandten sich in diesem Verfahren

---

[55] IIC 2003, 682.

[56] Insb. Kommission, 19.5.1994, British-American Tobacco Company Ltd. v. the Netherlands, Z. 70 ff.

[57] Insb. EGMR (Kammer), 20.11.1995, 19589/92 – British-American Tobacco Company Ltd. v. the Netherlands, Z. 91; etwas weiter gehend EGMR (2. Sektion), 5.7.2005, 28743/03 – Melnychuk v. Ukraine, Z. 3.

[58] EGMR (2. Sektion), 11.10.2005, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Z. 42 ff.; EGMR (Große Kammer), 11.1.2007, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal Z. 72, GRUR 2007, 696 (698).

[59] EGMR (2. Sektion), 11.10.2005, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Z. 47 ff., insb. Z. 48.

[60] EGMR (2. Sektion), 11.10.2005, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, abweichendes Votum der Richter *Costa* und *Cabral Barreto*, Z. 4.

[61] EGMR (Große Kammer), 11.1.2007, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Z. 78, GRUR 2007, 696 (699).

[62] EGMR (Große Kammer), 11.1.2007, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Z. 79 ff., GRUR 2007, 696 (699 f.).

erneut zwei Richter[63], zwei weitere äußerten Zweifel[64]. In der Tat lässt sich über diese Frage trefflich streiten. Sie führt auf ein wesentliches Problem des Rechts des geistigen Eigentums zurück, das auch für die Europäisierung dieses Rechtsgebiets zentral werden dürfte: Die Frage, ob der Schutz wirtschaftlicher Werte, die dem Eigentum vergleichbar sind, im Vordergrund steht oder die geistige Leistung, die zum Erwerb ausschließlicher Rechte geführt hat.

Gerade in den letzten Jahren ist – schon wegen der Begrenztheit natürlicher Ressourcen und eigentumsfähiger Gegenstände – immer wieder versucht worden, zusätzliche Wertschöpfungsmöglichkeiten zu erschließen. Dafür bieten Immaterialgüterrechte – in einem weiten Sinne des Begriffs – ein attraktives Potential. Man denke nur an die – für den Vergebenden sehr lukrative – Erteilung von Lizenzen zur Nutzung von Bildern Prominenter oder von Namen von Veranstaltungen wie etwa der Fußball-Weltmeisterschaft 2006[65]. Dabei steht – ähnlich wie im „Budweiser"-Fall – in der Tat der kommerzielle Aspekt so stark im Vordergrund, dass ein eigentumsähnlicher Schutz nahe liegt. Und wenn man diesen ersten Schritt getan hat, ist der nächste Schritt zum Schutz einer Vorstufe des Rechts – ähnlich dem Anwartschaftsrecht auf Eigentumserwerb – nicht mehr weit.

2. Einfluss von Grund- bzw. Menschenrechten auf das Recht des geistigen Eigentums

Das setzt allerdings eine uneingeschränkte Anerkennung der Prämisse des Eigentumsschutzes für Immaterialgüterrechte voraus. Auch in Art. 17 Absatz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist ein Schutz des geistigen Eigentums unmittelbar im Anschluss an den Schutz des Eigentums vorgesehen. Genau hier möchte ich aber mit meinen Überlegungen ansetzen: Es dürfte kaum möglich sein, die vielfältigen Immaterialgüterrechte einheitlich als dem Eigentum vergleichbare Rechte zu behandeln[66]. So mögen Marken und vielleicht auch geographische Herkunftsangaben dem Eigentum an beweglichen Sachen zwar recht nahe stehen und auch das Patentrecht weist – nicht zuletzt durch seine Verbindung mit dem häufig körperlichen Gegenstand der Erfindung – eigentumsähnliche Züge auf. Zumindest für die durch eine geistige Leistung geprägten „klassi-

---

[63] EGMR (Große Kammer), 11.1.2007, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, zustimmendes Votum der Richter *Steiner* und *Hajiyev*, Z. 6 ff.

[64] EGMR (Große Kammer), 11.1.2007, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, abweichendes Votum der Richter *Caflisch* und *Cabral Barreto*, Z. 3 ff.

[65] S. nur die Entscheidungen des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt Nr. 968 C 002047843 – World Cup 2006 Germany; Nr. 969 C 002155521 – WM 2006; Nr. 970 C 002153005 – Germany 2006; Nr. 971 C 002152635 – World Cup Germany; Nr. 972 C 002152817 – World Cup 2006 (diese Entscheidungen sind allerdings bislang noch nicht rechtskräftig).

[66] Zu grundlegenden Unterschieden zwischen Sacheigentum und geistigem Eigentum s. nur *Peter Drahos*, The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development, in: WIPO (Hrsg.), Intellectual Property and Human Rights, 1998, S. 13 (32 f.); *Jakob Cornides*, Human Rights and Intellectual Property. Conflict or Convergence?, in: Journal of Intellectual Property 143 (2004), S. 135 (145 ff.).

schen“ Bereiche des Urheberrechts, so wie es in Deutschland – und nach meinen Informationen auch in Ungarn – verstanden wird, gilt das aber nicht in gleichem Maße; es ist stärker durch die Person des Urhebers und sein Persönlichkeitsrecht geprägt. Hingegen dürfte das „copyright“ im Sinne der Konzeption des anglo-amerikanischen Rechts stärker eigentumsähnlich sein. Fraglich ist daher schon, was dann für „europäisiertes“ Urheberrecht gelten soll, auch und weil man sich hier bislang nicht auf gemeinsame Grundstrukturen einigen konnte. Eine undifferenzierte entsprechende Anwendung des Eigentumsschutzes auf die Rechte des geistigen Eigentums kommt daher nicht in Betracht. Eine solche dürfte freilich auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nicht gemeint haben. Zwar wird im ersten Urteil im Fall Anheuser-Busch ausgesprochen, dass geistiges Eigentum als solches unzweifelhaft von Artikel 1 des 1. Zusatzprotokolls erfasst sei[67]. Schon hier wird aber im Weiteren sehr genau auf die Natur des Markenrechts und die Wirkungen der Markenanmeldung abgestellt[68]; erst recht gilt das für das Urteil der Großen Kammer[69]. Eine solche Einzelfallbetrachtung wird auch in Zukunft erforderlich sein.

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt: Wenn man die Menschenrechte als obersten Maßstab für den Schutz solcher Rechte heranzieht[70], darf man sich nicht auf den Eigentumsschutz beschränken, sondern muss diese Rechte umfassend berücksichtigen, also insbesondere auch das letztlich in der Menschenwürde wurzelnde Recht des Einzelnen auf Entfaltung seiner Persönlichkeit, das beispielsweise in das Urheberrecht, teilweise auch in andere Rechtsgebiete, wie etwa das Patentrecht, hineinwirkt[71]. Hilfreich könnte eine Orientierung an der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen sein, die in Artikel 17 den Schutz des Eigentums und in Artikel 27 eine spezielle Regelung für den Schutz der Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst enthält. Der Wortlaut von Artikel 27 ist aufschlussreich: „Jeder hat das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben. Jeder hat das Recht auf Schutz der geistigen und materiellen Interessen, die ihm als

---

[67] EGMR (2. Sektion), 11.10.2005, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Z. 42 ff.

[68] EGMR (2. Sektion), 11.10.2005, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Z. 45 ff.

[69] EGMR (Große Kammer), 11.1.2007, 73049/01 – Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Z. 75 ff., GRUR 2007, 696 (698 f.).

[70] Zu solchen Ansätzen insb. *Drahos*, Universality (Fn. 66), S. 24 ff.; *Audrey R. Chapman*, Approaching intellectual property as a human right: obligations related to Article 15 (I) (c), Copyright bulletin Volume XXXV No. 3, 2001, S. 4 (13 ff.); *Robert L. Ostergard*, Intellectual Property: A Universal Human Right?, in: Human Rights Quarterly 21.1 (1999), S. 156 (175 ff.); *Cornides*, Human Rights (Fn. 66), S. 135 ff.; *Paul L.C. Torremans*, Copyright as A Human Right, in: ders. (Hrsg.), Copyright and Human Rights, 2004, S. 1 ff.; *Christophe Geiger*, Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?, in: IIC 2004, S. 268 ff.; *ders.*, „Constitutionalising” Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, in: IIC 2006, S. 371 ff.

[71] S. zum Urheberrecht nur EuGH, 20.10.1993, Slg. 1993, I-5145 Rn. 20 – Phil Colllins; zum Erfinderpersönlichkeitsrecht etwa Art. 62 EPÜ.

Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen." Hier kommt nicht nur die persönlichkeitsrechtliche Komponente des Urheberrechts deutlich zum Ausdruck, sondern auch – und sogar als Erstes – das Recht auf Teilhabe an Kultur und wissenschaftlichem Fortschritt[72]. Dieser Aspekt einer Teilhabe an Rechten des geistigen Eigentums ist nicht nur für das Urheberrecht bedeutsam. Er kann beispielsweise auch bei Patenten, die sich auf lebenswichtige Fortentwicklungen in Medizin oder Pharmazie beziehen, für die Frage einer Erteilung von Zwangslizenzen zentral sein. Denn allein mit den Schranken des Eigentumsrechts dürfte sich das diffizile Interessengefüge im Zusammenhang mit Schutz und Verwertung der Rechte geistigen Eigentums kaum hinreichend erfassen lassen. Wenn also künftig der Schutz höherrangiger Rechte eine größere Rolle im Recht des geistigen Eigentums spielen wird – womit nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu rechnen sein dürfte –, sollte versucht werden, die einzelnen Immaterialgüterrechte mit ihren jeweiligen Charakteristika[73] in einen größeren Rahmen der Grund- bzw. Menschenrechte zu stellen, um ihren Besonderheiten hinreichend gerecht zu werden. Dabei wird neben dem Schutz des Persönlichkeitsrechts auch die ebenfalls in der EMRK sowie in anderen Regelwerken verankerte Meinungsfreiheit eine wichtige Rolle spielen[74]. Schon heute wirkt sie in vielen Rechtsordnungen zentral auf die Beurteilung von Immaterialgüterrechtsverletzungen ein. Ihre Einflüsse – insbesondere bei Rechtsverletzungen im Internet, das die Möglichkeiten der öffentlichen Meinungsäußerung mit Breitenwirkung für jedermann deutlich erweitert hat – sind jedoch selbst in den nationalen Rechtssystemen bislang allenfalls ansatzweise ausgelotet. Die rechtsdogmatische Arbeit – auch in Bezug auf die Berücksichtigung von Grund- bzw. Menschenrechten im Recht des geistigen Eigentums – hat hier gerade erst begonnen.

IV. Folgerungen für die Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums

Aus dem Gesagten ergeben sich als Folgerungen für die Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums:

Die Rechtsangleichung in diesem Bereich wird insbesondere aufgrund der territorialen Begrenzung der Immaterialgüterrechte als notwendig angesehen. Das bislang sehr heterogene Bild der Europäisierung des Rechts des geistigen Eigentums ist zum einen den spezifischen Charakteristika der einzelnen Teilbereiche des Immaterialgüterrechts, zum anderen den vielfältigen Bezügen zu anderen Rechts-

[72] Dazu auch *Chapman*, Approaching intellectual property (Fn. 70), S. 13; *Torremans*, Copyright (Fn. 70), S. 4 f.

[73] Dazu insb. *Ostergard*, Intellectual Property (Fn. 70), S. 175 f.; *Cornides*, Human Rights (Fn. 66), S. 157 ff.; *Geiger*, „Constitutionalising" Intellectual Property Law (Fn. 70), S. 402 f.

[74] S. auch *Geiger*, „Constitutionalising" Intellectual Property Law (Fn. 70), S. 386 ff.

gebieten geschuldet. Ein einheitlicher rechtstechnischer Weg der Europäisierung dürfte schon deswegen nicht zu finden sein.

Von den unterschiedlichen Einflüssen auf das Recht des geistigen Eigentums dürften neben Kompetenznormen, Waren- und Dienstleistungsfreiheit sowie Wettbewerbsrecht künftig die Grund- bzw. Menschenrechte der Beteiligten verstärkt zu berücksichtigen sein. Sie haben bei Rechtsetzung wie Rechtsanwendung Vorrang vor den anderen Vorgaben. Allerdings müssen hier die Rechte *aller* Akteure, nicht nur der Rechtsinhaber herangezogen werden. Dieser rechtliche Rahmen bedarf erst noch einer auf die einzelnen Rechte des geistigen Eigentums bezogenen Konkretisierung, sozusagen einer Festlegung der Grundeinstellungen für das Webmuster des Flickenteppichs. Zudem bewirkt diese Betrachtung eine Akzentverschiebung im europäischen Immaterialgüterrecht, die weiter weg von den bisher bei der Europäisierung des Immaterialgüterrechts im Vordergrund stehenden ökonomischen Aspekten führt.

Weiterhin hat der Fall Anheuser-Busch gezeigt, wie komplex das Nebeneinander nationaler und internationaler Immaterialgüterrechte sowie völkerrechtlicher Verträge sein kann. Stärker als bisher muss versucht werden, sowohl die europäischen Rechtsangleichungsmaßnahmen untereinander in Einklang zu bringen als auch ihr Verhältnis zum nationalen Recht klarer herauszuarbeiten. Die bei den meisten europäischen Rechtsakten noch in großem Umfang notwendige ergänzende Heranziehung nationalen Rechts sowie die Verweisung auf nationale Institutionen – die in den einzelnen Mitgliedstaaten der EG ganz unterschiedlicher Art sein können – schmälern bislang den tatsächlichen Angleichungserfolg deutlich, zumal die Regeln des Kollisionsrechts in diesem Bereich häufig lückenhaft sind.

Eine solche stärkere konzeptionelle Einheitlichkeit dürfte jedoch noch erhebliche Vorarbeiten zur Angleichung der einzelstaatlichen Systeme des Schutzes unterschiedlicher Immaterialgüterrechte, also „von unten her", erfordern. Dabei wird für jeden – bereits existierenden oder sich erst neu herausbildenden – Schutzgegenstand zu fragen sein, ob es sich dabei um geistiges Eigentum mit der Betonung auf „geistig" oder auf „Eigentum" handelt. Auch wenn beide Begriffe nicht voneinander zu trennen sind, sondern diese besondere Form des Eigentums auf der geistigen Leistung aufbaut, sind beide Elemente bei den verschiedenen Immaterialgüterrechten unterschiedlich stark ausgeprägt. Wie ihr Schutz im Einzelnen auszugestalten ist, muss dann anhand eines Ausgleichs der zu berücksichtigenden Interessen unter Berücksichtigung der genannten Einflüsse übergeordneter Rechtsnormen ermittelt werden.

Trotzdem sollte nicht vergessen werden, dass der europäischen Rechtsangleichung neben rechtlichen auch faktische Grenzen gesetzt sind. Neben unterschiedlichen nationalen Auffassungen, die gerade bei Immaterialgüterrechten mit kulturellem Bezug nicht unterschätzt werden sollten, können auch auf den ersten Blick eher banal erscheinende Faktoren wie Sprachunterschiede der Rechtsangleichung nachhaltig im Wege stehen. Sie wirken sich nicht nur im Patentrecht, sondern

auch in anderen Rechtsgebieten aus, was sich abschließend ebenfalls am Streit zwischen den zwei Brauereien demonstrieren lässt: Der Tokyo High Court entschied 2003, dass für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr beider Biere in Japan teilweise andere Kriterien gelten als in Europa, weil die phonetische Ähnlichkeit beider Marken vom japanischen Publikum anhand des Schriftzugs nicht zu erkennen sei[75]. Daher wurde eine Markenrechtsverletzung abgelehnt und lediglich eine wettbewerbsrechtliche Klage für möglich gehalten.

Damit lässt sich dem Flickenteppich der Europäisierung des Immaterialgüterrechts, der mit diesem Vortrag dargestellt werden sollte – und der hoffentlich mit der Zeit ein gleichmäßigeres Muster annimmt –, ein letzter ergänzender Aspekt hinzufügen: Bei der Europäisierung sollten auch die Grenzen zu Nachbar-Rechtsgebieten im Blick behalten werden. Gerade Konstellationen wie die „Budweiser“-Fälle könnten möglicherweise auch wettbewerbsrechtlich angegangen werden. Dann ließe sich das geistige Eigentum wieder eher auf seinen Kerngehalt, der beiden Komponenten des Begriffs Rechnung trägt, zurückführen.

[75] Tokyo High Court, IIC 2004, 973.

Europäisierung des Mahnverfahrens

Martin Ahrens

I. Elemente der justiziellen Zusammenarbeit in Europa

Ein reibungslos funktionierender Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr bildet nur die eine Seite der Medaille, auf deren anderer Seite die Beitreibung der nicht erfüllten Forderungen steht. Um die grenzüberschreitende Forderungsdurchsetzung zu erleichtern, bietet ein einheitlicher zivilprozessualer Rechtsrahmen erhebliche Vorteile[1]. Eine vergleichbare Überlegung hat das Deutsche Reich im 19. Jahrhundert zur Kodifikation des Zivilverfahrensrechts 20 Jahre vor dem materiellen bürgerlichen Recht veranlasst[2]. In der Europäischen Gemeinschaft bilden allerdings die in Art. 61 lit. c EGV angeführten Maßnahmen zur justiziellen Zusammenarbeit ein spät geborenes Kind des Binnenmarktes. Die in diesem Bereich bestehenden Kompetenzen der EG sind jetzt in Art. 65 EGV

[1] Vgl. Maßnahmenprogramm der Kommission und des Rates zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30.11.2000, ABl. EG 2001 Nr. C 12/4.

[2] Zur Ausbildung des einheitlichen deutschen Zivilprozessrechts *Martin Ahrens*, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess, 2007.

konkretisiert[3]. Ziel der Vergemeinschaftung ist, allen Bürgern in der Union einen erleichterten Zugang zu den Gerichten der anderen Mitgliedsstaaten sowie einen verbesserten Rechtsschutz zu gewährleisten[4].

Im Zustellungs-, Prozesskostenhilfe-, Beweis- und Vollstreckungsrecht gelten zwar schon seit Längerem manche harmonisierten Vorschriften. Sie betreffen jedoch stets nur Einzelfragen. Einheitliche europäische Regeln über ein gerichtliches Erkenntnisverfahren, in dem ein Titel erlangt werden kann, existieren dagegen erst seit Kurzem. Am Anfang steht die Verordnung der EG Nr. 1896/2006 vom 12.12.2006 über das Europäische Mahnverfahren, kurz EuMVVO, die hier untersucht wird. Diese Verordnung tritt zum 12.12.2008 in Kraft, Art. 33 EuMVVO. Ihr ist die EG-Verordnung Nr. 861/2007 vom 11.7.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen zur Seite gestellt, die EuGFVO, die in einem gesonderten Beitrag behandelt wird[5].

Zunächst werden unter II. die von der EG bei diesen Fragen der justiziellen Zusammenarbeit verfolgten Zielsetzungen dargestellt und die Rechtsetzungen konturiert. Im III. Abschnitt wird ein Überblick über den Anwendungsbereich der EuMVVO gegeben. Als IV. Punkt werden die gerichtliche Zuständigkeit und als besonderer Schwerpunkt unter V. das Verfahren der EuMVVO untersucht, woran sich einige Schlussbemerkungen anschließen.

II. Die Strategie der EG

Im gemeinsamen Maßnahmenprogramm vom 30.11.2000 haben Kommission und Rat einen Handlungskatalog formuliert, um den Grundsatz der Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu realisieren. In das Blickfeld gerieten vor allem unbestrittene, voraussichtlich unbestrittene und geringfügige Forderungen. Zur Verfolgung des damit markierten Ziels schlug die Kommission eine zweistufige Strategie ein.

Die erste Stufe wurde mit der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 vom 21.04.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen erreicht, der EuVTVO. Als Pilotprojekt soll die EuVTVO den Weg zu einer Abschaffung des Exequaturverfahrens bereiten. Unter den Voraussetzungen der EuVTVO wird ein bestehender nationaler Titel als europäischer Vollstreckungstitel bestätigt[6]. Der Gläubiger muss dazu einen inländischen Titel über eine unbestrittene Forderung besitzen, etwa einen gerichtlichen Vergleich

[3] Dazu *Burkhard Heß*, Neue Rechtssetzungsakte und Rechtssetzungsmethoden im Europäischen Justizraum, in: ZSR 2005, S. 183 ff.

[4] *Winfried Brechmann*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 65 Rn. 1.

[5] *Istvan Varga*, Ansätze eines einheitlichen europäischen Erkenntnisverfahrens – Kritische Anmerkungen zur „EU-Bagatell-Verordnung“, in diesem Band.

[6] Vgl. *Wolfgang Hau*, Zur Entwicklung des Internationalen Zivilverfahrensrechts in der Europäischen Union in den Jahren 2005 und 2006, in: GPR 2007, S. 93 (94).

oder eine Versäumnis- bzw. Anerkenntnisentscheidung[7]. Diesen Titel kann sich der Gläubiger mit einem vereinheitlichten Formular im Ursprungsmitgliedstaat als europäischen Vollstreckungstitel bestätigen lassen[8]. Auf dieser Grundlage kann er dann in den anderen EG-Mitgliedstaaten – außer Dänemark - ohne Exequaturverfahren die Forderung vollstrecken lassen[9].

Als zweite Stufe dieser Strategie sind Maßnahmen vorgesehen, um das justizielle Erkenntnisverfahren zu harmonisieren. Wie im Grünbuch der Kommission vom 20.12.2002 vorgezeichnet, wurden dazu zwischenzeitlich die EuMVVO und die EuGFVO erlassen. Beide Verordnungen verfolgen dasselbe übergeordnete Ziel, nämlich eine rasche und kostengünstige Titelschaffung in Rechtssachen mit grenzüberschreitendem Bezug. Die Ansatzpunkte beider Verfahren zur Realisierung dieses Ziels sind jedoch grundsätzlich verschieden.

Die EuGFVO setzt bei geringfügigen Forderungen bis zu einem Streitwert[10] von € 2.000,- gem. Art. 2 I 1 EuGFVO auf ein vereinfachtes kontradiktorisches Gerichtsverfahren, das über alle Verfahrensstufen hinweg anwendbar ist. Erreicht werden soll dies durch ein ausschließlich schriftliches Verfahren, Art. 5 I EuGFVO, ohne Anwaltszwang, Art. 10 EuGFVO, mit gelockerten Beweisaufnahmeregeln, Art. 9 EuGFVO und einer Verhältnismäßigkeitsbindung auch bei den Kosten[11], Art. 16 EuGFVO. Mit diesen Bestimmungen werden die nationalen Prozessregeln modifiziert, doch bleibt es im Grundsatz beim nationalen Verfahrenstypus. Das nationale Verfahrensrecht treibt hier eine europäische Blüte. Demgegenüber sind mit dem Europäischen Mahnverfahren die Voraussetzungen für und der Erlass des Europäischen Zahlungsbefehls geregelt worden. Darin können Grundelemente für ein eigenständiges Modell eines genuin europäischen Erkenntnisverfahrens gesehen werden[12]. Das Europäische Mahnverfahren bildet die Frucht eines europäischen Gewächses.

III. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

1. Grundlagen

Unter drei Voraussetzungen ist die EuMVVO auf Rechtssachen aus einem Mitgliedstaat - außer Dänemark, Art. 2 III EuMVVO - anwendbar. Es muss nach Art. 4 EuMVVO eine bezifferte, fällige Geldforderung beigetrieben werden, die kei-

---

[7] *Rolf Wagner*, Der Europäische Vollstreckungstitel, in: NJW 2005, S. 1157 (1158, 1160).

[8] *Wagner*, Vollstreckungstitel (Fn. 7), S. 1159.

[9] *Wagner*, Vollstreckungstitel (Fn. 7), S. 1157.

[10] Zur Berechnung *Isabel Jahn*, Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen, in: NJW 2007, S. 2890 (2891).

[11] Vgl. *Jahn*, Verfahren (Fn. 10), S. 2892 f.

[12] *Mary-Rose McGuire*, Das neue Europäische Mahnverfahren (EuMVVO): Über das (Miss-)Verhältnis zwischen Effizienz und Schuldnerschutz, in: GPR 2007, S. 303 ff.

nem der Ausnahmebereiche des Art. 2 II EuMVVO entstammt. Außerdem muss der Forderung gemäß Art. 2 I 1 EuMVVO eine grenzüberschreitende Zivil- oder Handelssache zugrunde liegen. In jedem Fall bleibt die EuMVVO fakultativ, denn nach Art. 1 II EuMVVO steht es dem Gläubiger frei, ein anderes nationales oder gemeinschaftsrechtliches Verfahren zu wählen. Der Gläubiger besitzt damit ein Wahlrecht, ob er seine Forderung unter Zuhilfenahme des Europäischen Mahnverfahrens oder im Wege eines anderen zulässigen mitgliedstaatlichen oder gemeinschaftsrechtlichen Verfahrens durchsetzen will[13].

2. Fällige, bezifferte Geldforderung, Art. 4 EuMVVO

Keine größeren Schwierigkeiten bereitet der sachliche Anwendungsbereich gem. Art. 4 EuMVVO. Danach ist das Europäische Mahnverfahren für die Beitreibung bezifferter Geldforderungen vorgesehen, die bei Einreichung des Antrags auf Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls fällig sind. Mit dieser Regelung folgt das Europäische Mahnverfahren dem überwiegenden Teil der nationalen Mahnverfahren, deren Anwendbarkeit ebenfalls auf Zahlungsansprüche beschränkt ist. Im Gegensatz dazu gilt – soweit ersichtlich - das ungarische Zahlungsbefehlsverfahren nicht nur für Geldforderungen, sondern auch für Forderungen auf Herausgabe beweglicher Sachen[14].

Ergänzend wird durch Art. 4 EuMVVO zum Ausdruck gebracht, dass das Europäische Mahnverfahren, ebenso wie das deutsche Mahnverfahrensrecht gemäß § 688 I ZPO, keiner summenmäßigen Begrenzung unterliegt[15]. Eine solche sieht auch das Verfahren in Ungarn nicht vor[16]. Anders als im deutschen oder Europäischen Mahnverfahren entscheidet hier aber der Forderungsbetrag über einen obligatorischen Charakter des Zahlungsbefehlsverfahrens. Eine Geldforderung, deren Betrag HUF 200.000,- nicht übersteigt, kann ausschließlich im Zahlungsbefehlsverfahren geltend gemacht werden. Bei darüber hinausgehenden Beträgen kann der Gläubiger hingegen entscheiden, ob er einen ordentlichen Prozess oder ein Zahlungsbefehlsverfahren einleiten will[17].

3. Ausgenommene Ansprüche gem. Art. 2 II EuMVVO

Vom sachlichen Anwendungsbereich des Europäischen Mahnverfahrens sieht Art. 2 II EuMVVO gewichtige Ausnahmen vor. Ehe-, erb-, insolvenz- und sozial-

[13] Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens vom 25.5.2004, KOM (2004) 173 endg., S. 11.

[14] Simplified and accelerated procedures – Hungary – 1.1.a.; http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures_hun_en.htm.

[15] *Peter G. Mayr/Dietmar Czernich*, Europäisches Zivilprozessrecht, Wien 2006, Rn. 417.

[16] Simplified and accelerated procedures – Hungary – 1.1.b.; http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures_hun_en.htm.

[17] Simplified and accelerated procedures – Hungary – 1.1.c.; http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures_hun_en.htm.

versicherungsrechtliche Ansprüche unterliegen nicht dem Anwendungsbereich der EuMVVO, Art. 2 II lit. a bis c EuMVVO. Außervertragliche Ansprüche bleiben gemäß Art. 2 II lit. d EuMVVO weitgehend vom Europäischen Mahnverfahren ausgeklammert[18]. Im Wege einer Rückausnahme sind jedoch nach Art. 2 II lit. d EuMVVO solche außervertraglichen Ansprüche zugelassen, die Gegenstand einer Vereinbarung zwischen den Parteien oder eines Schuldanerkenntnisses sind bzw. sich auf bezifferte Schuldbeträge beziehen, die sich aus gemeinsamem Eigentum an unbeweglichen Sachen ergeben.

Bei der Bereichsausnahme für außervertragliche Ansprüche haben sich als Vorbilder offenbar die Mahnverfahren aus Frankreich und Portugal durchgesetzt. Diese sind nur für Forderungen zulässig, die sich aus vertraglichen Verpflichtungen ergeben. Ansprüche im Zusammenhang mit unerlaubten Handlungen sind hier ebenfalls nicht erfasst. In Deutschland, wie in § 688 II ZPO aufgeführt, in Finnland und Luxemburg sind die Mahnverfahren hingegen – unabhängig von einer Einordnung als vertragliche oder nichtvertragliche Ansprüche – nur in bestimmten genau bezeichneten Fällen ausgeschlossen. In anderen Mitgliedstaaten, wie z.B. Österreich, Italien, Spanien oder Schweden, ist der Anwendungsbereich nicht vergleichbar eingeschränkt[19].

Orientiert sich der europäische Gesetzgeber, wie in diesem Fall, an besonderen einzelstaatlichen Regelungen, ist damit die nicht einfache Aufgabe verbunden, jene in den europäischen Rechtskontext einzufügen. Eine solche Herauslösung aus einem nationalen Kontext kann zu manchen Friktionen führen. So werden bspw. Schadensersatzforderungen aus einem vorvertraglichen Rechtsverhältnis, d.h. aus Verschulden vor Vertragsschluss, in einigen Mitgliedstaaten, wie Deutschland, den vertraglichen Ansprüchen und in anderen, z.B. Frankreich, der Deliktshaftung zugerechnet[20]. Im deutschen IPR wird dazu eine vermittelnde Position eingenommen. Bei einer auf das Erfüllungsinteresse gerichteten, verletzten Pflicht wird an das Vertragsstatut und bei einer auf das Integritätsinteresse gerichteten Pflichtverletzung an das Deliktsstatut angeknüpft[21].

Bei dieser Auslegungsfrage kann eine Parallele zu Art. 5 Nr. 1 und 3 EuGVVO gezogen werden, für dessen Anwendung mit einem nicht ganz identischen Begriffspaar vertragliche und deliktische Ansprüche voneinander abzugrenzen sind. In der EuGVVO werden die Begriffe gemeinschaftsrechtlich autonom bestimmt. Sie sind dort nicht als bloße Verweisungen auf das innerstaatliche Recht eines der

[18] *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht (Fn. 15), Rn. 419.

[19] Grünbuch der Kommission über ein europäisches Mahnverfahren und über Maßnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert vom 20.12.2002, KOM (2002) 746 endg., S. 21.

[20] Vgl. *Jan Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2005, EuGVVO Art. 5 Rn. 16.

[21] *Bernd v. Hoffman*, in: J. v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2001, Vorbem. zu Art. 40 EGBGB Rn. 11; *Renate Schaub*, in: H. Prütting/G. Wegen/G. Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 2. Aufl. 2007, Art. 40 EGBGB Rn. 2.

Mitgliedstaaten zu verstehen[22]. Dadurch sollen für die Vertragsstaaten und die betroffenen Personen soweit möglich gleiche sowie einheitliche Rechte und Pflichten sichergestellt werden[23]. Nach diesem Muster wird auch bei der EuMVVO eine eigenständige gemeinschaftsrechtliche Interpretation geboten sein. Von einem außervertraglichen Schuldverhältnis kann danach ausgegangen werden, wenn es an einer von einer Partei gegenüber der anderen freiwillig eingegangenen Verpflichtung fehlt[24].

4. Grenzüberschreitende Zivil- oder Handelssache, Art. 2 I EuMVVO

Der persönliche Anwendungsbereich verlangt nach Art. 2 I 1 EuMVVO eine grenzüberschreitende Zivil- oder Handelssache, ähnelt also insoweit dem der EuGVVO, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt. Als solche besondere Gerichtsbarkeiten werden im Verordnungsentwurf der Kommission Arbeitsgerichte für Ansprüche aus Beschäftigungsverhältnissen genannt[25]. Infolgedessen ist das Europäische Mahnverfahren auch auf arbeitsrechtliche Ansprüche anwendbar[26]. In Deutschland tritt es insoweit neben das arbeitsrechtliche Mahnverfahren nach § 46a ArbGG. Umgekehrt listet Art. 2 I 2 EuMVVO in einer nicht abschließenden Übersicht („insbesondere“) einige Bereiche auf, für die das Europäische Mahnverfahren nicht anwendbar ist. Dazu zählen Steuer- und Zollsachen, verwaltungsrechtliche Angelegenheiten sowie staatshaftungsrechtliche Ansprüche.

Eine grenzüberschreitende Rechtssache liegt nach der Legaldefinition in Art. 3 I EuMVVO vor, wenn mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem des befassten Gerichts hat. Dieser beschränkte Anwendungsbereich hat im Rechtsetzungsverfahren für viel Diskussionsstoff gesorgt. Der ursprüngliche Verordnungsvorschlag der Kommission von 2004 erstreckte die Anwendung des Europäischen Mahnverfahrens nicht allein auf die grenzüberschreitende Beitreibung unbestrittener Geldforderungen, sondern auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte.

Zwar ist die zugrunde liegende Gemeinschaftskompetenz aus Art. 61 lit. c i.V.m. Art. 65 EGV auf Maßnahmen mit grenzüberschreitendem Bezug beschränkt[27]. Die Kommission hielt es jedoch für kontraproduktiv, rein interne Sachverhalte aus dem Anwendungsbereich des Europäischen Mahnverfahrens

---

[22] A.A. *Bartosz Sujecki*, Das Europäische Mahnverfahren, in: NJW 2007, S. 1622 (1623).

[23] *Kropholler*, Zivilprozessrecht (Fn. 20), EuGVVO Art. 5 Rn. 5, 72.

[24] EuGH, Urt. v. 27.10.1998, Rs. C-51/97 – Tz. 17; *Kropholler*, Zivilprozessrecht (Fn. 20), EuGVVO Art. 5 Rn. 16.

[25] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens vom 25.5.2004, KOM (2004) 173 endg., S. 10.

[26] Vgl. *Bartosz Sujecki*, Europäisches Mahnverfahren nach dem Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission, in: EuZW 2005, S. 45 (46).

[27] *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht (Fn. 15), Rn. 415.

auszuklammern. Eine Limitierung auf Verfahren mit grenzüberschreitendem Bezug stelle eine allzu enge Auslegung von Art. 65 EGV dar, die angesichts der wirtschaftlichen Folgen, die sich für den europäischen Binnenmarkt aus den großen Unterschieden zwischen den einzelstaatlichen Systemen ergäben, unbedingt zu vermeiden sei. Überdies sei die Unterscheidung zwischen grenzüberschreitenden und rein innerstaatlichen Sachverhalten oft willkürlich und eine Gleichbehandlung zweier in demselben Mitgliedstaat konkurrierender Unternehmen nicht gegeben, wenn nur eines davon dort ansässig sei. Dann könnte nämlich nur das im Ausland niedergelassene Unternehmen das Europäische Mahnverfahren in Anspruch nehmen, wobei die Benachteiligung des im Inland ansässigen Unternehmens umso deutlicher zu Tage trete, je ineffizienter das Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats – sofern ein solches überhaupt existiere – zur Beitreibung unbestrittener Forderungen sei[28].

Allerdings handelt es sich bei der letztgenannten Überlegung um einen gemeinschaftsrechtlich zulässigen Fall der Inländerdiskriminierung bei einem reinen Inlandssachverhalt, der allein vom nationalen Gesetzgeber zu lösen ist[29]. Zudem spricht insbesondere der insoweit auf Maßnahmen mit grenzüberschreitendem Bezug beschränkte Wortlaut von Art. 65 EGV gegen die Auffassung der Kommission. Schließlich hat diese die wachsende Kritik an ihrem Ansatz anerkannt und ihr Konzept modifiziert.

Der Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem des befassten Gerichts hat. Nach Maßgabe der Rechtsprechung zum europäischen Zivilprozessrecht bei Drittstaatenbezug[30] könnte die EuMVVO anwendbar sein, wenn lediglich der Antragsgegner, nicht aber auch der Antragsteller seinen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Gemeinschaft hat. Dies kann hinsichtlich der Schutzvorschriften gegen missbräuchliche Anträge[31], aber auch allgemein im Hinblick auf das in Bezug genommene nationale Verfahrensrecht, vgl. Art. 26 EuMVVO, Probleme aufwerfen. Antragsteller aus Dänemark, die nach Art. 2 III von der EuMVVO ausgenommen sind, können auch nicht über diesen Umweg die Vorteile des Europäischen Zahlungsbefehls in Anspruch nehmen, da dann keine Gleichbehandlung gesichert wäre.

[28] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens vom 25.5.2004, KOM (2004) 173 endg., S. 7 ff.

[29] Vgl. *Thomas Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 25 Rn. 22.

[30] EuGH, Urt. v. 1.3.2005, Rs. C-281/02.

[31] *McGuire*, Mahnverfahren (Fn. 12), S. 304.

IV. Zuständigkeit

1. Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit betrifft die Frage, vor welchen nationalen Gerichten Fälle mit Auslandsberührung zu entscheiden sind[32]. Regelmäßig knüpft die internationale an die örtliche Zuständigkeit an[33]. Zur Begründung der internationalen Zuständigkeit des angerufenen Mahngerichts verweist Art. 6 I EuMVVO grundsätzlich auf die EuGVVO (bzw. Brüssel I-VO), d.h. die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

Danach ist der Antrag auf Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls prinzipiell vor den Gerichten des Mitgliedstaats zu erheben, in dem der Antragsgegner seinen Wohnsitz hat, Art. 2 I EuGVVO. Diese Anknüpfung hat u.a. den Vorteil, dass eine Zustellung nach den beim Mahngericht geltenden nationalen Vorschriften erfolgen kann. Die EuGVVO bestimmt jedoch zahlreiche Ausnahmen, die entweder dem Kläger die Wahl eines vom Wohnsitz des Beklagten abweichenden Gerichtsstandes ermöglichen, wie in den Art. 5 ff. EuGVVO, oder sogar eine ausschließliche Zuständigkeit ungeachtet des Wohnsitzes des Beklagten vorsehen, Art. 22, 23 II EuGVVO.

2. Speziell: Der Verbrauchergerichtsstand, Art. 6 II EuMVVO

Für den Verbrauchergerichtsstand ist in Art. 6 II EuMVVO eine Sonderregelung geschaffen. Danach besteht ein ausschließlicher Gerichtsstand, falls der Antragsgegner ein Verbraucher ist, also die Forderung einen Vertrag betrifft, den der Antragsgegner zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Abweichend von den Wahlrechten der Art. 5 ff. EuGVVO, vor allem aber als Sonderregelung gegenüber der Zuständigkeit in Verbrauchersachen nach den Art. 15 ff. EuGVVO[34], sind für diese Sachen ausschließlich die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig, in welchem der Verbraucher als Antragsgegner seinen Wohnsitz i.S.v. Art. 59 EuGVVO hat. Hierdurch soll der Verbraucher davor geschützt werden, sich vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaats gegen seine Inanspruchnahme verteidigen zu müssen, was für ihn wegen der einfacheren Zustellungen und Fristberechnungen einen erheblichen Vorteil bedeutet.

---

[32] *Eberhard Schilken*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 288.

[33] *Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 31 Rn. 3; *Schilken*, Zivilprozessrecht (Fn. 32), Rn. 288.

[34] Nach Art. 16 Abs. 1 EuGVVO sind Aktivprozesse des Verbrauchers am Gerichtsstand seines Wohnsitzes zu führen.

Der europäisch geprägte Verbraucherbegriff des Art. 6 II EuMVVO orientiert sich an dem systembildenden Konzept der Haustürwiderrufs-RL 85/577/EWG. Dessen Modell ist in die Regelung von Art. 15 EuGVVO eingegangen und hat auf diesem Weg den Verbraucherbegriff des Art. 6 II EuMVVO mit gestaltet. Im Grundsatz lässt sich daher die zum Verbraucherbegriff nach der Haustürwiderrufs-RL und der EuGVVO ergangene Rechtsprechung übertragen. Für die Bürgschaftsforderung etwa kann daher im Gefolge der Dietzinger-Entscheidung des EuGH darüber gestritten werden, ob Haupt- und Bürgschaftsforderung ein Verbrauchergeschäft sein müssen[35].

Mit einer gewissen Unsicherheit behaftet bleibt, wie das Mahngericht die Zuständigkeitsentscheidung anhand der Verbrauchereigenschaft des Antragsgegners treffen soll[36]. Die EuMVVO überlässt es dem Antragsteller, die Verbrauchereigenschaft zu beurteilen. Der Antragsteller muss im Antrag auf Erlass des Europäischen Zahlungsbefehls gem. Art. 7 II lit. f EuMVVO unter anderem die Gründe für die Zuständigkeit darlegen und demzufolge auch Angaben dazu machen, ob der Antragsgegner Verbraucher ist und seinen Wohnsitz im Gerichtsstaat hat. Diese Regelung setzt ein hohes Maß an Rechtskenntnis und die Bereitschaft des Antragstellers voraus, sich darauf einzulassen, denn der Antragsgegner wird hierzu vor Erlass des Zahlungsbefehls nicht gehört.

Auf die Wahrung dieser Anforderungen scheint der Verordnungsgeber nicht ganz vertraut zu haben, weswegen er mit zwei Instrumentarien steuernd eingreift. Einerseits hat der Antragsteller nach Art. 7 III EuMVVO zu erklären, dass er seine Angaben, also auch die zur Zuständigkeit, nach bestem Wissen und Gewissen getätigt hat. Dieses Erfordernis wird wohl über den subjektiven Maßstab der prozessualen Wahrheitspflicht aus § 138 ZPO hinausgehen[37].

Andererseits soll jede vorsätzliche falsche Auskunft angemessene Sanktionen nach dem Recht des Ursprungsstaats nach sich ziehen. Die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs insbesondere aus § 826 BGB wegen einer sittenwidrigen Titelerschleichung[38] stellt wohl keine ausreichende Sanktion dar. Da diese Rechtsfolge nicht unmittelbar aus dem Gesetz ersichtlich ist, dürfte sie – anders als vom EuGH für Sanktionsregelungen gefordert[39] – nicht hinreichend abschreckend wirken[40]. Der deutsche Gesetzgeber wird deswegen wohl noch eine entsprechende Durchführungsvorschrift zu erlassen haben.

---

[35] EuGH, Urt. v. 17.3.1998, Rs. C-45/96 – Dietzinger, NJW 1998, 1295.

[36] *Anne Röthel/Ingo Sparmann*, Das europäische Mahnverfahren, in: WM 2007, S. 1101 (1102).

[37] *Thomas Rauscher*, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Rn. 20.

[38] *Gottfried Schiemann*, in: W. Erman (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 2004, § 826 Rn. 36; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar (Fn. 21), § 826 Rn. 42; *Gerald Spindler*, in: H.G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 2008, § 826 Rn. 108 ff.

[39] Vgl. EuGH, Urt. v. 21.9.1989, Rs. 68/88 – Kommission/Griechenland, Slg. 1989, 2979 (2984).

[40] *Röthel/Sparmann*, Mahnverfahren (Fn. 36), S. 1102.

3. Zentrale Mahngerichte

Andere Zuständigkeitsfragen sind in der EuMVVO nicht abschließend normiert. Wie aus Art. 26 EuMVVO abzuleiten ist, wurden diese Kompetenzbestimmungen zumindest partiell den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen[41]. Sämtliche verfahrensrechtlichen Anforderungen, die in der EuMVVO nicht ausdrücklich geregelt sind, richten sich demzufolge nach den nationalen Rechtsvorschriften. Mittelbar folgt die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten zur Zuständigkeit auch aus ihrer in Art. 29 I lit. a EuMVVO enthaltenen Verpflichtung, der Kommission die zur Durchführung des Europäischen Mahnverfahrens zuständigen Gerichte mitzuteilen[42].

Unbeantwortet bleibt dabei, ob den Mitgliedstaaten im Rahmen des Europäischen Mahnverfahrens auch die Einführung zentraler Mahngerichte möglich ist. Im deutschen Verfahrensrecht findet sich eine solche Zuständigkeitskonzentration in § 689 II 2 ZPO. Danach ist das AG Berlin-Schöneberg für alle Anträge von Antragstellern zuständig, die ihren allgemeinen Gerichtsstand nicht im Inland haben. Allerdings bestehen gegen die Errichtung zentraler Mahngerichte auch für das Europäische Mahnverfahren Bedenken, weil die Zuständigkeitsregeln der EuGVVO nicht allein die internationale, sondern zumindest teilweise auch die örtliche Zuständigkeit bestimmen, vgl. Art. 5 Nr. 1-5 und Nr. 7 und Art. 6 EuGVVO[43].

Trotzdem dürfte eine Zuständigkeitskonzentration im Mahnverfahren zulässig sein. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt bei Inlandssachverhalten die Verteilung unter mehreren gleichartigen Gerichten[44]. Sofern lediglich ein zentrales Mahngericht über die personellen und organisatorischen Ressourcen verfügt, um die Anträge auf Erlass eines Zahlungsbefehls in der gebotenen Zeit zu bearbeiten, unterscheidet es sich von anderen Amtsgerichten. Demnach geht mit der Einrichtung eines zentralen Mahngerichts nicht eine Verschiebung der örtlichen Zuständigkeit einher, sondern vielmehr die Begründung einer besonderen sachlichen Zuständigkeit[45].

Einer solchen Interpretation steht auch nicht die Teleologie des Art. 26 EuMVVO entgegen. Über den Vorrang der in der EuMVVO enthaltenen verfahrensrechtlichen Bestimmungen werden zwar gemäß Art. 6 I EuMVVO i.V.m. Art. 5 Nr. 1-5 und Nr. 7 sowie Art. 6 EuGVVO auch die europäischen Gerichtsstandsvorschriften erfasst. Ob damit aber für den international zuständigen Mitgliedstaat immer auch die Pflicht besteht, ein Gericht an genau dem Ort für zuständig zu erklären, an dem die vertragliche Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfül-

---

[41] *Sujecki*, Mahnverfahren (Fn. 22), S. 1623.

[42] *Bartosz Sujecki*, Europäisches Mahnverfahren, in: ZEuP 2006, S. 124 (137).

[43] *Sujecki*, Mahnverfahren (Fn. 22), S. 1623 f.

[44] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (Fn. 33), § 31 Rn. 2.

[45] *Röthel/Sparmann*, Mahnverfahren (Fn. 36), S. 1102.

len wäre, ist wohl nicht gemeinschaftsrechtlich zu beantworten. Bei der Einführung eines zentralen Mahngerichts handelt es sich um eine über die sachliche Zuständigkeit gesteuerte Frage der Gerichtsorganisation, die uneingeschränkt der nationalen Kompetenz unterliegt.

V. Verfahren

1. Nicht beweispflichtiges Mahnverfahren

Beim Verfahrenstypus hat sich der Verordnungsgeber am Modell eines „nicht beweispflichtigen Mahnverfahrens“ orientiert[46]. Verlangt wird nach Art. 7 II lit. e EuMVVO nur, die Beweise zu bezeichnen, die zur Begründung der Forderung herangezogen werden. Aus dem Einleitungssatz von Art. 2 II EuMVVO, „der Antrag muss Folgendes beinhalten“, ist der obligatorische Charakter der Beweisanführung abzuleiten. Gerichtlich überprüft werden diese Darlegungen jedoch nicht. Deswegen ist befürchtet worden, bei einem unerfahrenen Antragsgegner könnte durch vorgetäuschte Beweise der Anschein erweckt werden, die geltend gemachte Forderung stünde dem Antragsteller tatsächlich zu[47]. Solchen Befürchtungen kann im deutschen Rechtsraum mit einem Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB zumindest partiell begegnet werden.

Im Unterschied dazu ist bei einem beweispflichtigen Mahnverfahren, das etwa in Frankreich, Italien und Spanien anzutreffen ist, ein Urkundenbeweis für die Rechtmäßigkeit der Forderung im Rahmen des Mahnverfahrens vorzulegen. Auch im ungarischen Zahlungsbefehlsverfahren wird grundsätzlich die Vorlage eines schriftlichen Beweises verlangt. Wenn keine Beweisbedürftigkeit besteht, wird von diesem Erfordernis aber eine Ausnahme gemacht[48].

Für das z.B. in Deutschland, Schweden und Portugal beheimatete „nicht beweispflichtige“ Verfahrensmodell ist dagegen typisch, dass der geltend gemachte Anspruch vom Gericht beweisrechtlich nicht überprüft wird. Genügt der Antrag also den Formvorschriften, erteilt das Gericht den Zahlungsbefehl ohne weitere Prüfung der Begründetheit der Forderung[49]. Die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers für die Einrichtung eines nicht beweispflichtigen Verfahrens ist zu begrüßen. Die Einführung eines beweispflichtigen Mahnverfahrens hätte nicht nur Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Bestimmung der erforderlichen und zu-

---

[46] Vgl. *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht (Fn. 15), Rn. 421.

[47] *Sujecki*, Mahnverfahren (Fn. 26), S. 47; *ders.*, Erste Überlegungen zum europäischen elektronischen Mahnverfahren, in: MMR 2005, S. 213 (215).

[48] Simplified and accelerated procedures – Hungary – 1.3.d.; http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures_hun_en.htm.

[49] Grünbuch der Kommission über ein europäisches Mahnverfahren und über Maßnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert vom 20.12.2002, KOM (2002) 746 endg., S. 18 f.

lässigen Belege sowie bei deren Prüfungsmaßstab zur Folge gehabt. Auch eine elektronische Bearbeitung[50] wäre problematisch gewesen, was wiederum zu Effizienzverlusten geführt hätte[51].

2. Antrag auf Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls

Das Antragsverfahren der EuMVVO ist weitgehend standardisiert. Deswegen muss bei der Antragstellung nach Art. 7 I EuMVVO ein Formblatt (Formblatt A gemäß Anhang I) verwendet werden, durch das zeitaufwändige Übersetzungsarbeiten weitgehend entbehrlich werden sollen. Zwar ist der Antrag, wie sich aus dem Antragsformular ergibt, in der Sprache des zuständigen Gerichts zu verfassen. Der Antragsteller kann aber ggf. ein in seiner Muttersprache verfasstes Formular als Muster verwenden. Hierdurch wird § 184 GVG modifiziert, wonach die Gerichtssprache deutsch ist. Zudem wurde das Antragsformular so ausgestaltet, dass möglichst viele Angaben in einem Katalog zusammengefasst sind und als Code erfolgen können. Allerdings gilt dies nicht uneingeschränkt. Trotz der begrenzten Angaben in einer fremden Sprache können damit nicht unerhebliche über den Formularzwang hinausgehende Hürden bestehen[52].

Die konkreten Anforderungen an den Antrag auf Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls sind in dem Katalog des Art. 7 II EuMVVO geregelt. Danach hat der Antragsteller im Antragsformular neben den allgemeinen Angaben zu den beteiligten Parteien sowie dem Gericht (lit. a) auch die Höhe der Forderung (lit. b), bei der Geltendmachung von Verzugszinsen grundsätzlich den zugrunde gelegten Zinssatz sowie den Zeitraum anzugeben, für den der Zinssatz erhoben wird (lit. c). Darüber hinaus ist die Nennung des Streitgegenstands (lit. d) sowie der Gründe für die gerichtliche Zuständigkeit des angerufenen Mahngerichts (lit. f) und für den grenzüberschreitenden Charakter der Rechtssache i.S.v. Art. 3 EuMVVO (lit. g) erforderlich. Zwischen dem Begriff des Streitgegenstands im Rahmen des Europäischen Mahnverfahrens und dem umstrittenen Terminus des deutschen Zivilprozessrechts besteht aufgrund der im anderen Zusammenhang erwähnten gemeinschaftsrechtlich autonomen Interpretation keine Deckungsgleichheit, zumal der Antragsteller sonst schnell überfordert wäre[53].

Schließlich muss der Antrag gem. Art. 7 VI 1 EuMVVO vom Antragsteller bzw. seinem Vertreter unterzeichnet werden. Neben einer handschriftlichen Unterschrift ist unter den Voraussetzungen aus Art. 7 VI 2 - 4 EuMVVO auch eine elektronische Unterzeichnung möglich. Unabhängig von der Höhe des Anspruchs besteht gemäß Art. 24 EuMVVO kein Anwaltszwang[54].

---

[50] Dazu Erwägungsgrund 11.

[51] *Sujecki*, Mahnverfahren (Fn. 42), S. 139.

[52] Vgl. *Sujecki*, Mahnverfahren (Fn. 22), S. 1624.

[53] Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 42/2004, S. 4, http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2004/Nr42.pdf.

[54] *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht (Fn. 15), Rn. 421.

3. Antragsprüfung

Nachdem der Antrag auf Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls eingegangen ist, überprüft das Mahngericht gemäß Art. 8 EuMVVO anhand des Antragsformulars die Anwendbarkeit des Europäischen Mahnverfahrens sowie die Erfüllung der formellen Voraussetzungen aus Art. 6 und 7 EuMVVO. Nach dem Erwägungsgrund 11 soll eine elektronische Bearbeitung möglich sein.

Zusätzlich ist nach Art. 8 EuMVVO zu prüfen, „ob die Forderung begründet erscheint". Problematisch ist, dass aus dieser Formulierung nicht eindeutig hervorgeht, ob sich das Mahngericht auf eine bloße Plausibilitätsprüfung[55] wie im deutschen Mahnverfahren beschränken kann oder ob eine Schlüssigkeitsprüfung[56] oder sogar eine noch über die Schlüssigkeitsprüfung hinausgehende Beurteilung[57] erfolgen muss. Gegen Letzteres sprechen allerdings der Wortlaut von Art. 8 EuMVVO sowie die Funktion der Regelung im Kontext eines effizienten Europäischen Mahnverfahrens.

Für eine inhaltliche Beurteilung nach dem Modell der Schlüssigkeitsprüfung lässt sich Erwägungsgrund 16 der EuMVVO anführen[58]. Hiernach sollen es die Angaben im Antragsformular dem Gericht ermöglichen, „schlüssig zu prüfen, ob die Forderung begründet ist". Auf einen geringeren gerichtlichen Prüfungsumfang deutet hingegen der Umstand, dass gem. Art. 12 IV lit. a EuMVVO der Antragsgegner davon zu unterrichten ist, dass der Europäische Zahlungsbefehl ausschließlich auf der Grundlage der Angaben des Antragstellers erlassen und vom Gericht nicht nachgeprüft wird[59].

Zudem stehen dem Mahngericht keine detaillierten Angaben zur Überprüfung der Begründetheit der Forderung zur Verfügung. Nach Art. 7 II lit. d EuMVVO soll der Antrag zwar Angaben zum Streitgegenstand „einschließlich einer Beschreibung des Sachverhalts, der der Hauptforderung zugrunde liegt" enthalten. Allerdings enthält das Antragsformular kein Feld, in dem diese Angaben zum Sachverhalt eingetragen werden könnten[60]. Ohne diese Informationen wird das Gericht kaum in der Lage sein, mehr als eine Plausibilitätsprüfung leisten zu können.

Von einer bloßen Plausibilitätsprüfung gehen auch die Regelungen in Art. 9 und Art. 11 I lit. b EuMVVO aus. Nach Art. 9 EuMVVO räumt das Mahngericht dem Antragsteller die Möglichkeit der Vervollständigung oder Berichtigung des Antrags ein, wenn die in Art. 7 EuMVVO genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind und die *Forderung nicht offensichtlich unbegründet* oder der Antrag unzulässig

---

[55] *Jahn*, Verfahren (Fn. 10), S. 2891, spricht von einer prima facie vorzunehmenden Prüfung.

[56] *McGuire*, Mahnverfahren (Fn. 12), S. 306 f.; vgl. auch *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht (Fn. 15), Rn. 421.

[57] *Rauscher*, Zivilprozessrecht (Fn. 37), Rn. 22.

[58] *Rauscher*, Zivilprozessrecht (Fn. 37), Rn. 22.

[59] *Röthel/Sparmann*, Mahnverfahren (Fn. 36), S. 1106.

[60] *McGuire*, Mahnverfahren (Fn. 12), S. 307; *Röthel/Sparmann*, Mahnverfahren (Fn. 36), S. 1106.

ist. Art. 11 I lit. b EuMVVO ordnet die Zurückweisung des Antrags durch das Gericht bei offensichtlicher Unbegründetheit der Forderung an.

Letztlich schlösse jede weiterreichende Überprüfung nicht nur eine elektronische Prüfung der Mahnanträge aus, sondern wohl auch eine Bearbeitung durch einen nicht richterlichen Gerichtsbeamten, wie etwa einen Rechtspfleger oder einen Urkundsbeamten[61]. Dies widerspräche jedoch dem Erwägungsgrund 16 der EuMVVO. Hier wird im letzten Satz ausdrücklich angeordnet, dass die Prüfung des Mahnantrags nicht von einem Richter durchgeführt werden muss. Auch wenn also gewichtige Erwägungen gegen eine Schlüssigkeitsprüfung des Mahngerichts sprechen, fehlt letztlich aufgrund der unklaren Formulierungen eine zweifelsfreie Aussage. Muss keine Schlüssigkeitsprüfung erfolgen, führt allerdings das einstufige Verfahrensmodell der EuMVVO für den Antragsgegner zu sehr schneidigen Konsequenzen. Bis zu einer Klärung durch den EuGH bleibt letztlich eine gewisse Unsicherheit bestehen.

Stellt sich bei der gerichtlichen Prüfung heraus, dass der Antrag unvollständig ist, wird er nicht zurückgewiesen, wie dies etwa § 691 I 1 ZPO anordnet. Vielmehr schließt sich unter den Voraussetzungen des Art. 9 EuMVVO ein Korrekturverfahren an. Darin erhält der Antragsteller die Möglichkeit, den Antrag zu vervollständigen oder zu berichtigen. Ein Ermessensspielraum des Gerichts besteht nach Art. 9 EuMVVO nicht. Obwohl Art. 10 II EuMVVO insoweit von einem Vorschlag des Gerichts spricht, der vom Antragsteller angenommen werden kann, handelt es sich um eine gerichtliche Entscheidung, etwa in Gestalt einer Verfügung. Bei diesem Korrekturverfahren besteht eine Parallele zum ungarischen Zahlungsbefehlsverfahren, denn auch hier fordert das Mahngericht den Antragsteller bei einer Unvollständigkeit des Antrags zunächst zu einer Verbesserung auf[62].

Liegen dagegen die Anforderungen für den Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls nur für einen Teil der geltend gemachten Forderung vor, unterrichtet das Gericht den Antragsteller gem. Art. 10 I EuMVVO darüber und fordert diesen gleichzeitig dazu auf, den Zahlungsbefehl über einen durch das Gericht reduzierten Betrag innerhalb einer bestimmten Frist anzunehmen oder abzulehnen. Nimmt der Antragsteller den Vorschlag des Gerichts an, erlässt dieses einen Europäischen Zahlungsbefehl für den verbleibenden Teil der Forderung, Art. 10 II EuMVVO. Antwortet der Antragsteller hingegen nicht innerhalb der festgelegten Frist oder lehnt er den Vorschlag des Gerichts ab, wird der Antrag gem. Art. 10 III i.V.m. Art. 11 I lit. d EuMVVO insgesamt zurückgewiesen.

---

[61] *Sujecki*, Mahnverfahren (Fn. 22), S. 1624.

[62] Simplified and accelerated procedures – Hungary – 1.3.c.; http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures_hun_en.htm.

4. Erlass des Europäischen Zahlungsbefehls

Sind die in Art. 8 EuMVVO genannten Anforderungen erfüllt, erlässt das Gericht den Europäischen Zahlungsbefehl unter Verwendung des im Anhang V enthaltenen Formblatts E. Der Zahlungsbefehl soll gem. Art. 12 EuMVVO sobald möglich und in der Regel binnen 30 Tagen nach Einreichung des Antrags ergehen, ein klares Zeichen für die Verfahrensbeschleunigung. Zu erreichen ist diese aber wohl nur beim Einsatz automatisierter Verfahren.

Mit dieser Verfahrensgestaltung hat sich der europäische Verordnungsgeber letztendlich für ein einstufiges Mahnverfahren entschieden[63]. Dieses Modell ist etwa in Frankreich, Italien und Ungarn[64] anzutreffen und zeichnet sich dadurch aus, dass vom Gericht nur eine einzige Entscheidung in der Sache selbst erlassen wird, der Zahlungsbefehl. Dieser ergeht, ohne dass der Schuldner angehört wird. Lässt Letzterer die Einspruchsfrist verstreichen, wird der Zahlungsbefehl vollstreckbar. Bei einem zweistufigen Mahnverfahren, wie in Belgien, Finnland, Luxemburg, Schweden und Deutschland, kann dagegen die gerichtliche Ausgangsentscheidung, in Deutschland der Mahnbescheid, selbst nicht vollstreckt werden. Vielmehr muss eine zweite vollstreckbare Entscheidung ergehen, in Deutschland der Vollstreckungsbescheid, vgl. § 699 I 1 ZPO[65].

Der erlassene Europäische Zahlungsbefehl wird dem Antragsgegner sodann nach den nationalen Rechtsvorschriften zugestellt, wobei gemäß Art. 12 V EuMVVO die Mindestanforderungen der Art. 13 - 15 EuMVVO zu wahren sind. Sachlich entsprechen sie weitgehend den Anforderungen der Art. 13 - 15 EuVT-VO, die hier als Pilotprojekt Modell standen. Anders als im Rahmen der EuVT-VO dienen die Zustellungsanforderungen im Europäischen Mahnverfahren aber nicht der nachträglichen Überprüfung einer bereits erfolgten Zustellung. Vielmehr sind sie vom Mahngericht bereits bei Durchführung des Mahnverfahrens zu beachten, gelten also im Erkenntnisverfahren selbst. Trotzdem schaffen die Regeln kein unmittelbar geltendes Zustellungsrecht[66]. Sie bilden nur den Maßstab, an dem die nationalen Zustellungsvorschriften auszurichten sind, auf die Art. 13 S. 1, 14 I EuMVVO verweist[67].

5. Einspruch

Gegen den Europäischen Zahlungsbefehl kann der Antragsgegner innerhalb von 30 Tagen nach der Zustellung Einspruch beim Mahngericht einlegen, Art. 16 I, II

---

[63] Kritisch *Alvaro Perez-Ragone*, Europäisches Mahnverfahren, 2005, S. 235 ff.

[64] Simplified and accelerated procedures – Hungary – 1.8.a.; http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures_hun_en.htm.

[65] Grünbuch der Kommission über ein europäisches Mahnverfahren und über Maßnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert vom 20.12.2002, KOM (2002) 746 endg., S. 42 f.

[66] *Rauscher*, Zivilprozessrecht (Fn. 37), Rn. 25.

[67] *Röthel/Sparmann*, Mahnverfahren (Fn. 36), S. 1106.

EuMVVO. Fristwahrend wirkt nach Art. 16 II EuMVVO bereits eine rechtzeitige Absendung des Einspruchs durch den Antragsgegner. Dieser deutliche Unterschied zum deutschen Prozessrecht, das auf den Eingang bei Gericht abstellt, ist aus dem grenzüberschreitenden und damit nicht hinreichend verlässlich zu beurteilenden Postlauf zu erklären. Für den Einspruch ist das Formblatt F der Anlage VI zu verwenden, Art. 16 I EuMVVO. Ein Anwaltszwang besteht gemäß Art. 24 EuMVVO auch dafür nicht[68].

Im zweistufigen deutschen Verfahren gilt eine zweiwöchige Widerspruchsfrist, § 692 I Nr. 3 ZPO, sowie eine ebenfalls zweiwöchige Einspruchsfrist, §§ 700 I, 339 I ZPO. Im Vergleich dazu erscheint die im einstufigen ungarischen Zahlungsbefehlsverfahren vorgesehene Widerspruchsfrist von 15 Tagen ab Zustellung des Zahlungsbefehls[69] recht kurz. Allerdings kann der Gläubiger nach ungarischem Recht ebenso wie nach deutschem bei einer nachgewiesenen unverschuldeten Fristversäumnis die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen[70]. Demgegenüber bleibt dem Antragsteller bei einer Fristüberschreitung nach dem Europäischen Mahnverfahren nur die sog. Überprüfung in Ausnahmefällen gem. Art. 20 I EuMVVO, welche an deutlich strengere Voraussetzungen gekoppelt ist.

Ob es sich bei der 30-tägigen Einspruchsfrist um eine Notfrist handelt[71], erscheint zweifelhaft. Jedenfalls regelt Art. 20 I lit b EuMVVO einen dem Wiedereinsetzungsverfahren vergleichbaren besonderen Rechtsbehelf[72], weswegen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entsprechend § 233 ZPO verdrängt wird.

Legt der Antragsgegner Einspruch ein, wird das Verfahren nach Art. 17 I EuMVVO in den ordentlichen Zivilprozess übergeleitet. Ein besonderer Antrag, wie nach § 696 I 1 ZPO, ist nicht erforderlich. Allerdings kann der Antragsteller gem. Art. 7 IV EuMVVO erklären, dass er eine solche Überleitung ablehnt. Hier scheint eine Parallele zum ungarischen Zahlungsbefehlsverfahren auf, in dem die Überleitung in das ordentliche Verfahren ebenfalls nicht an einen entsprechenden Antrag gebunden ist. Ohne Entsprechung im europäischen oder deutschen Recht ist dagegen eine andere ungarische Regelung. Danach sind die Gerichte befugt, auf einen Zahlungsbefehlsantrag ohne Erlass des Zahlungsbefehls selbständig einen Termin für die Verhandlung der Angelegenheit festzulegen, wenn nach deren Ansicht die Forderung keinen Rechtsgrund hat, die Aufrechterhaltung sich als zweifelhaft erweist oder der Antrag wegen einer Straftat gestellt wird[73].

---

[68] *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht (Fn. 15), Rn. 424.

[69] Simplified and accelerated procedures – Hungary – 1.6.; http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures_hun_en.htm.

[70] Simplified and accelerated procedures – Hungary – 1.6.; http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures_hun_en.htm.

[71] So *McGuire*, Mahnverfahren (Fn. 12), S. 305.

[72] *Robert Freitag*, Rechtsschutz des Schuldners gegen den Europäischen Zahlungsbefehl nach der EuMahnVO, in: IPRax 2007, S. 509 (510).

[73] Simplified and accelerated procedures – Hungary – 1.4.; http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures_hun_en.htm.

6. Vollstreckung und Wirkung des Verfahrens

Hat der Antragsteller keinen fristgerechten Einspruch eingelegt, wird gem. Art. 18 EuMVVO der Europäische Zahlungsbefehl vom Mahngericht unverzüglich für vollstreckbar erklärt und dem Antragsteller übersandt. Wegen der subjektiven Anknüpfung der Einspruchsfrist an die rechtzeitige Absendung muss allerdings das Gericht gem. Art. 18 I 1 EuMVVO neben der Einspruchsfrist auch einen angemessenen Zeitraum für die Übermittlung abwarten. Die offene Formulierung lässt den Gerichten genügend Raum, die internationalen, nationalen und regionalen Verhältnisse zu berücksichtigen.

Der Zahlungsbefehl ist nach Art. 19 EuMVVO ohne Durchführung eines Exequaturverfahrens in allen anderen Mitgliedstaaten vollstreckbar[74], wodurch er deutliche Vorteile gegenüber dem nur nach den Bestimmungen der EuGVO vollstreckbaren Vollstreckungsbescheid gem. § 699 ZPO besitzt[75]. Der Antragsteller kann sich unter Vorlage der beweiskräftigen Ausfertigung des Europäischen Zahlungsbefehls direkt an die zuständigen Vollstreckungsbehörden im Vollstreckungsmitgliedstaat wenden, vgl. Art. 21 II EuMVVO. Für das Vollstreckungsverfahren gilt dann gem. Art. 21 I EuMVVO das Recht des Vollstreckungsmitgliedstaates.

Nicht in der EuMVVO geregelt ist, ob mit dem Antrag auf bzw. dem Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls die Forderungsverjährung gehemmt wird, um die mit der Durchführung des Mahnverfahrens verbundenen verjährungsrechtlichen Nachteile für den Antragsteller auszuschließen. Im ursprünglichen Verordnungsentwurf von 2004 war in Art. 6 V noch die Europäische Zahlungsaufforderung für eine Verjährungshemmung einem Prozesseröffnungsbeschluss gleichgestellt worden. Eine solche Regelung hätte allerdings zu einer durchaus problematischen Integration einer nach deutschem Verständnis materiellrechtlichen Regelung in das zivilprozessuale Titulierungsverfahren und zu einer wenig übersichtlichen Konkurrenz der nationalen und europäischen Verjährungsregeln geführt. Durch die Wandlung des Europäischen Mahnverfahrens von einem zweistufigen in ein einstufiges Modell entfiel das Institut der Europäischen Zahlungsaufforderung jedoch und mit ihr auch die daran geknüpfte Verjährungsunterbrechungsregelung.

Nunmehr richtet sich die Verjährung nach der lex causae[76], wird also dem Recht entnommen, das den geltend gemachten Anspruch beherrscht. Das ist für schuldrechtliche Verträge in Art. 32 I Nr. 4 EGBGB ausdrücklich normiert, aber auch für andere Rechtsgebiete allgemein anerkannt[77]. Dies erscheint sachgerecht,

---

[74] *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht (Fn. 15), Rn. 425.

[75] *Christopf Graf v. Bernstorff*, Mahnverfahren, Forderungsdurchsetzung und Kontenpfändung in der EU, in: RIW 2007, S. 88 (89).

[76] *Röthel/Sparmann*, Mahnverfahren (Fn. 36), S. 1109.

[77] *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 41 II 1.

wenn auch nicht völlig auszuschließen ist, dass eine u.U. aufwendige Ermittlung der anwendbaren Verjährungsvorschriften zu einem gewissen Attraktivitätsverlust des Europäischen Mahnverfahrens führen könnte[78].

Unterliegt die Forderung deutschem Recht, richtet sich die Verjährungshemmung nach § 204 I Nr. 3 BGB. Die Verjährung wird danach durch die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren gehemmt. Wortlaut und Systematik der Regelung stellen zwar auf die nationale Regelung der §§ 692 f. ZPO ab. Der Telos des neuen deutschen Verjährungsrechts sowie eine gemeinschaftsorientierte Auslegung sprechen aber dafür, die Hemmungsvorschrift auch auf den Erlass des Europäischen Zahlungsbefehls anzuwenden. Entsprechendes wird auch für die Rückwirkung der Zustellung gemäß § 167 ZPO zu gelten haben. Soll durch die Zustellung die Verjährung gehemmt werden, tritt die Wirkung nach § 167 ZPO bereits mit Eingang der Erklärung ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt. Diese Regelung ist grds. auch bei einer Auslandszustellung heranzuziehen[79].

7. Rechtsbehelfe des Antragsgegners

a) Überprüfung in Ausnahmefällen, Art. 20 EuMVVO

Im Ursprungsmitgliedstaat kann in drei Fallgestaltungen unter den teils restriktiven, teils unbestimmten Voraussetzungen des Art. 20 I, II EuMVVO noch nach Ablauf der Einspruchsfrist eine Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls beantragt werden. Liegt einer der dort genannten Gründe vor, wird der Zahlungsbefehl nach Art. 20 III 2 EuMVVO für nichtig erklärt.

Nach Art. 20 I lit. a EuMVVO ist ein ohne Nachweis des Empfangs gemäß Art. 14 EuMVVO zugestellter Zahlungsbefehl anfechtbar, falls die Zustellung ohne Verschulden des Antragstellers nicht so rechtzeitig erfolgt ist, um Vorkehrungen für die Verteidigung treffen zu können. Allerdings ist der Wortlaut dieser Regelung missverständlich auf den objektiven Tatbestand bezogen. Da nach Art. 16 II EuMVVO die Einspruchsfrist erst mit der Zustellung beginnt, stehen dem Antragsgegner ab diesem Zeitpunkt immer die vollen 30 Tage zur Verfügung. Eine nicht rechtzeitige Zustellung ist daher nicht vorstellbar[80]. Vielmehr ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift allein darauf abzustellen, ob der Antragsgegner rechtzeitig von der Zustellung Kenntnis erlangen konnte[81].

Noch nicht beantwortet ist damit das Verhältnis zu Art. 20 I lit. b EuMVVO. Nach dieser Regelung kann der Antragsgegner eine Überprüfung des Zahlungsbefehls beantragen, wenn er aufgrund höherer Gewalt oder außergewöhnlicher Um-

---

[78] *Röthel/Sparmann*, Mahnverfahren (Fn. 36), S. 1109.

[79] Vgl. *Peter-Andreas Brand*, Die Verjährungsunterbrechung nach § 167 ZPO bei der Auslandszustellung, in: NJW 2004, S. 1138 ff.

[80] *Freitag*, Rechtsschutz (Fn. 72), S. 510.

[81] *Röthel/Sparmann*, Mahnverfahren (Fn. 36), S. 1104; *Sujecki*, Mahnverfahren (Fn. 42), S. 146.

stände ohne eigenes Verschulden gehindert war, fristgerecht Einspruch gegen die Forderung einzulegen. Wie erwähnt, ist damit ein an die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angelehnter besonderer Behelf geregelt. Allerdings erscheint der Begriff der außergewöhnlichen Umstände sehr unbestimmt. Bei dieser verfahrensrechtlichen Anknüpfung bleibt offen, ob ein objektiver oder subjektiver Maßstab anzulegen ist[82]. Wegen der speziellen Regelung in Art. 20 I lit. a EuMVVO wird darunter wohl nicht die verspätete Kenntnis von der Zustellung zu verstehen sein. Zu erwägen ist, ob der Rechtsbehelf aus Art. 20 I lit. b EuMVVO bei einer unterlassenen Verwendung des Formblatts für den Einspruch gemäß Art. 16 I EuMVVO gegeben ist.

Noch weiter gefasst ist der Anfechtungsgrund des Art. 20 II EuMVVO, der dadurch zusätzliche Schwierigkeiten aufwirft. Nach der Vorschrift muss der Zahlungsbefehl gemessen an den in der EuMVVO festgelegten Anforderungen oder aufgrund anderer außergewöhnlicher Umstände offensichtlich zu Unrecht erlassen worden sein. Für den unbestimmten Überprüfungsgrund der außergewöhnlichen Umstände, die zu einem offensichtlich zu Unrecht erlassenen Zahlungsbefehl führen, existiert nur in Erwägungsgrund 25 der EuMVVO eine gewisse Auslegungshilfe[83]. Danach liegen andere außergewöhnliche Umstände vor, wenn der Zahlungsbefehl auf falschen Angaben im Antragsformular beruht. Aus diesem Exempel kann jedenfalls abgeleitet werden, dass auch Verfahrensverstöße eine Anfechtung nach Art. 20 II EuMVVO rechtfertigen können.

Eine Überprüfung wird deswegen auch in Betracht kommen, wenn der fristgerecht abgeschickte Einspruch erst nach Ausfertigung des vollstreckbaren Europäischen Zahlungsbefehls bei Gericht eingeht[84]. Fraglich kann allerdings sein, ob dann bereits mit dem Einspruch diese zusätzliche Rechtsbehelfserklärung verbunden werden kann oder – wohl nach einem gerichtlichen Hinweis – eine weitere Erklärung zu verlangen ist. Da der Antragsgegner seinen Willen eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dürfte keine weitere Rechtsbehelfserklärung zu verlangen sein.

Diskussionswürdig ist außerdem, ob auch materiellrechtliche Erwägungen berücksichtigt werden können. In jedem Verfahren ohne umfassende Prüfung des geltend gemachten Anspruchs, ganz besonders aber in einem einstufigen Mahnverfahren, muss der Schutz vor einer missbräuchlichen Inanspruchnahme des Verfahrens sorgsam gegen die Bestandskraft des Titels abgewogen werden. Allerdings schließt Erwägungsgrund 25 ein zweites Einspruchsverfahren aus. Deswegen werden auch materiellrechtliche Umstände grds. nicht mehr geltend gemacht werden können. Zu denken ist aber an Sachverhaltskonstellationen, die vergleich-

---

[82] *Sujecki*, Mahnverfahren (Fn. 42), S. 146.

[83] *Freitag*, Rechtsschutz (Fn. 72), S. 510.

[84] *Rauscher*, Zivilprozessrecht (Fn. 37), Rn. 30; *Röthel/Sparmann*, Mahnverfahren (Fn. 36), S. 1104.

bar mit den Fällen der Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB wegen einer Titelerschleichung sind.

b) Rechtsbehelfe im Vollstreckungsmitgliedstaat

Während eines Überprüfungsverfahrens nach Art. 20 EuMVVO kann der Antragsgegner im Vollstreckungsmitgliedstaat gem. Art. 23 EuMVVO die Aussetzung oder Beschränkung der Vollstreckung beantragen. Art. 22 I EuMVVO ermöglicht dem Schuldner im Vollstreckungsmitgliedstaat bei einer entgegenstehenden rechtskräftigen Entscheidung die Verweigerung der Vollstreckung zu beantragen. Voraussetzung ist, dass zwischen den Parteien wegen desselben Streitgegenstands bereits eine frühere, im Vollstreckungsstaat anerkennungsfähige Entscheidung getroffen wurde, die mit dem Europäischen Zahlungsbefehl unvereinbar ist, und der Antragsteller daran gehindert war, die Unvereinbarkeit im gerichtlichen Verfahren des Ursprungsmitgliedstaates geltend zu machen[85]. Sofern der Antragsgegner den im Europäischen Zahlungsbefehl zuerkannten Forderungsbetrag bereits an den Antragsteller entrichtet hat, besteht für ihn gem. Art. 22 II EuMVVO dieselbe Möglichkeit.

VI. Schlussbemerkung

In der Zusammenschau gesehen hat sich der Verordnungsgeber um ein weitgehend konzises, schleuniges Europäisches Mahnverfahren bemüht. Bei einem derart umfassenden Vorhaben können praktische, aber auch systematische Schwierigkeiten nicht ausbleiben. Zu denken ist etwa an die Einordnung des vorvertraglichen Verschuldens, den Verbrauchergerichtsstand oder die Antragsprüfung. Daraus mögen zwar zunächst einige für die betroffenen Personen durchaus gravierende Rechtsunsicherheiten resultieren, doch lassen sich diese im Prozess der weiteren Rechtsentwicklung bewältigen.

Von größerer Bedeutung für die europäische Rechtsentwicklung ist aber, welche Impulse von der EuMVVO und der gleichrangig anzuführenden EuGFVO ausgehen. In der Auseinandersetzung um die Notwendigkeit einer grenzüberschreitenden Rechtssache kommen erhebliche Widerstände gegen eine legislative Europäisierung des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens zum Ausdruck. Zu erwägen ist aber eine hermeneutische Europäisierung. Als Einfallstor dafür kann die Verweisung der EuMVVO auf das nationale Recht dienen, etwa in den Art. 7 V, 11 III, 12 IV lit c, V, 13, 16 IV, 17 I, 18 II, 21 I und insb. Art. 26 EuMVVO. Dem nationalen Recht kann damit eine europäische Aufgabe beigemessen und es kann möglicherweise aus der europäischen Perspektive interpretiert werden.

[85] *Freitag*, Rechtsschutz (Fn. 72), S. 511 ff.

Die Europäisierung des Scheidungsverfahrens

Volker Lipp

I. Ausgangslage

Das 1967 unterzeichnete Brüsseler EuGVÜ klammerte die Ehe und das eheliche Güterrecht aus seinem Anwendungsbereich aus, weil Scheidung und Güterstand in den Familienrechten und im IPR der Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich geregelt waren. Anderes galt schon damals für das Unterhaltsrecht, weshalb Unterhaltssachen in das EuGVÜ einbezogen werden konnten[1]. Eine Europäisierung des materiellen Familienrechts oder eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts erschien im Übrigen lange Zeit weder erreichbar noch wünschenswert[2].

[1] *P. Jenard*, Bericht zum EuGVÜ v. 27.9.1968 (ABl. EG 1979 Nr. C 59/1), S. 11; *Peter Schlosser*, Bericht zum EuGVÜ v. 9.10.1978 (ABl. EG 1979 Nr. C 59/71), Nr. 34; *Georges A.L. Droz*, Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, 1972, S. 32 ff.

[2] Zur Europäisierung des Familienrechts vgl. die Beiträge von *Hein Kötz*, Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht; *Hans Claudius Taschner,* Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft – Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren; *Winfried Tilmann,* Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft, jeweils in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 95 ff., 157 ff., 496 ff.; ausführlich *Dieter Martiny*, Europäisches Familienrecht; Utopie oder Notwendigkeit?, in: RabelsZ 59 (1995), S. 419 (420 f.); zu den Haager Konventionen im Bereich des Eherechts *Christian v. Bar*, Die eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en), in: RabelsZ 57 (1993), S. 63 ff.

Diese Situation hat sich mittlerweile erheblich verändert. Auch das Familienrecht unterliegt dem Prozess der Europäisierung[3]. Während die Scheidung einer Ehe bei Erarbeitung des EuGVÜ in manchen Mitgliedstaaten ausgeschlossen war[4], ist sie heute in jedem Staat der EU (mit Ausnahme Maltas) zugelassen[5]. Diese Entwicklung bereitete den Boden für das EheEuGVÜ[6], aus dem dann die EheVO hervorging[7].

Die EheVO wurde bereits nach kurzer Zeit überarbeitet[8] und stellt selbst wohl ebenfalls nur eine Etappe auf dem Weg zu einer weiteren Europäisierung des Scheidungsverfahrens dar. Seitdem die Europäische Union im November 2000 ein umfassendes „Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“[9] beschlossen und im Haager Programm von 2004[10] und im Aktionsplan von 2005[11] bekräftigt hat, gehört auch das Internationale Familien- und Familienverfahrensrecht zum Harmonisierungsprogramm der EU. Derzeit liegen vor:

---

[3] Überblick bei *Walter Pintens*, Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts, in: FamRZ 2003, 329 ff., 417 ff., 499 ff.

[4] *Jenard*, Bericht (Fn. 1), S. 10.

[5] Überblick bei *Christian v. Bar/Peter Mankowski,* in: J. v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 17 EGBGB Rn. 17, 20 ff. Die Ehescheidung ist mittlerweile auch in Irland eingeführt worden, vgl. *Alexander Bergmann/Murad Ferid/Dieter Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. VII: Irland (Stand: 2/2001), S. 32 ff. (Bericht), 207 ff. (Gesetzestext). In der Ausgestaltung des Scheidungsrechts bestehen allerdings erhebliche Unterschiede, vgl. *Pintens*, Grundgedanken (Fn. 3), S. 333 f.

[6] EU-Übereinkommen über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen (ABl. EG 1998 Nr. C 221/2); dazu *Wolfgang Hau*, Internationales Eheverfahrensrecht in der Europäischen Union, in: FamRZ 1999, S. 484 ff.; *Jörg Pirrung,* Europäische justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen – insbesondere das neue Scheidungsübereinkommen, in: ZEuP 1999, S. 834 ff.; zu den Voraussetzungen *Jan Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 7. Aufl. 2002, Einleitung Rn. 85.

[7] Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. EG 2000 Nr. L 160/19; dazu *Bertrand Ancel/Horatia Muir Watt*, Première Partie – Doctrine et Chroniques – La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II", in: Rev. crit. dr. internat. privé 90 (2001), S. 403 ff.; *Wolfgang Hau*, Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht, in: FamRZ 2000, S. 1333 ff.; *Tobias Helms*, Internationales Verfahrensrecht für Familiensachen in der Europäischen Union, in: FamRZ 2002, S. 1593 (1593 f.); *Christian Kohler*, Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union – Die Verordnung "Brüssel II", in: NJW 2001, S. 10 ff.; *Haimo Schack*, Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa, in: RabelsZ 65 (2001), S. 615 ff.; *Ulrich Spellenberg*, Die Zuständigkeiten für Eheklagen nach der EheGVO, in: R.A. Schütze (Hrsg.), FS Reinhold Geimer, 2002, S. 1257 ff.; *ders.*, Anerkennung eherechtlicher Entscheidungen nach der EheGVO, in: ZZPInt 2001, S. 109 ff.; *Rolf Wagner*, Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach der Brüssel II-Verordnung, in: IPrax 2001, S. 73 ff.

[8] Verordnung (EG) Nr. 2201/2003, ABl. EG 2003 Nr. L 338/1.

[9] ABl. EG 2001 Nr. C 12/1; ausführlich dazu *Christian Kohler*, Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum für das Familien- und Erbrecht, in: FamRZ 2002, S. 709 ff.

[10] Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, vom Europäischen Rat am 5. November 2004 angenommen, ABl. EG 2005 Nr. C 53/01.

[11] Aktionsplan des Rates und der Kommission zur Umsetzung des Haager Programms zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, 9778/2/05 REV 2.

der Vorschlag für eine VO über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltspflichten (2005)[12];

das Grünbuch der Kommission zu den Kollisionsnormen im Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlichen Zuständigkeiten und der gegenseitigen Anerkennung (2006)[13];

das Grünbuch der Kommission über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen (2005)[14] und der hierauf basierende Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich, die so genannte Rom III-VO (2006)[15].

Eine europäische Regelung der internationalen Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung für gerichtliche Entscheidungen im Bereich des Familienvermögensrechts muss allerdings in besonderem Maße auf ihre „Anschlussfähigkeit" achten[16]. Sie muss sowohl mit den vorhandenen europäischen Regelwerken als auch mit den verschiedenen nationalen Verfahrensordnungen harmonieren, die gerade in diesem Bereich vielfach besondere materielle Ziele verfolgen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass gerade die Familienrechte der Mitgliedstaaten auch künftig Gegenstand kleiner wie großer Reformen sein werden.

Deshalb möchte ich zunächst einen Blick darauf werfen, wie das deutsche Recht internationale Scheidungsverfahren behandelt (II.), um dann das Zusammenspiel des europäischen und des deutschen Rechts bei „europäischen" Scheidungsverfahren in seiner gegenwärtigen Gestalt zu zeigen (III.). Von daher können wir einen Blick auf die vorgeschlagene UnterhaltsVO und weitere mögliche Schritte der Europäisierung (IV.) werfen.

[12] KOM (2005) 649 endg.

[13] KOM (2006) 400 endg.

[14] KOM (2005) 82 endg.

[15] KOM (2006) 399 endg.

[16] Zur internationalen Anschlussfähigkeit der EheVO *Helms*, Verfahrensrecht (Fn. 7), S. 1600 ff.

II. Internationale Verfahren nach autonomem deutschen Recht

1. Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte

a. Scheidung und Verfahrenskonzentration

In internationalen *Eheverfahren* sind die deutschen Familiengerichte nach autonomem Recht international zuständig, wenn wenigstens ein Ehegatte Deutscher ist bzw. bei Eheschließung war oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat[17]. Damit wird das Familiengericht zugleich international zuständig für den Erlass *einstweiliger Anordnungen*, u.a. hinsichtlich Ehewohnung, Hausrat, persönlichen Bedarfsgegenständen oder Unterhalt[18].

Darüber hinaus begründet die Konzentration der Scheidungsfolgesachen beim Gericht der Ehesache dessen internationale Zuständigkeit auch für die Folgesachen im *Scheidungsverbund*[19]. Dasselbe gilt für alle anderen *selbständigen Familiensachen*, an denen die Ehegatten beteiligt und die deshalb dem Scheidungsgericht zugewiesen sind[20]. Man nennt dies zwar „internationale Verbundszuständigkeit“[21]. Die internationale Zuständigkeit beruht jedoch nicht auf dem Verbund zwischen Scheidung und Folgesachen, sondern auf der Konzentration aller Familiensachen beim Scheidungsgericht nach § 621 II 1 ZPO[22]. Erst auf Grundlage dieser Zuständigkeit werden Scheidung und bestimmte Scheidungsfolgen zum Scheidungsverbund zusammengefasst[23]. Die „internationale Konzentrationszuständigkeit“ des Scheidungsgerichts besteht deshalb nicht nur für den Scheidungsverbund, sondern auch für Verfahren über Unterhalts-, Wohnungs- und Hausratsangelegenheiten aus Anlass der Trennung sowie für alle güterrechtlichen Streitigkeiten.

Die Konzentration von Scheidungsfolgen und anderen Familiensachen beim Gericht der Ehesache findet ihre Grenze in der Zuständigkeit des Familiengerichts. Verfahren vor dem allgemeinen Zivilgericht oder dem Vormundschaftsge-

---

[17] § 606a Nr. 1 bzw. 2-4 ZPO; dazu *Ekkehard Becker-Eberhard*, § 606 a ZPO – ein Tatbestand mit zu minimalen Inlandsbezügen?, in: R. Geimer (Hrsg.), FS Rolf A. Schütze, 1999, S. 85 ff.

[18] § 620 ZPO; zur internationalen Zuständigkeit *Ulrich Spellenberg,* in: Staudinger, Kommentar (Fn. 5), §§ 606 ff. ZPO Rn. 612 f.

[19] §§ 621 Abs. 2 S. 1, 623 ZPO.

[20] §§ 621 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 ZPO, 64 Abs. 2 FGG, 23b Abs. 2 GVG.

[21] BGHZ 75, 241 (244); *Erik Jayme*, Fragen der internationalen Verbundszuständigkeit, in: IPrax 1984, S. 121 ff.; *Georg Graf,* Die internationale Verbundzuständigkeit, 1984, S. 20 ff.; *Peter Gottwald,* Deutsche Probleme Internationaler Familienverfahren, in: A. Heldrich (Hrsg.), FS Hideo Nakamura, 1996, S. 187 (194); kritisch aber z.B. *Spellenberg,* in: Staudinger (Fn. 18), §§ 606 ff. ZPO Rn. 339 ff.

[22] BT-Drucks. 10/504, S. 90; *Graf,* Verbundzuständigkeit (Fn. 21), S. 20; *Peter Philippi*, in: Richard Zöller (Begr.), Zivilprozessordnung – Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 621 ZPO Rn. 75, 76a; kritisch *Spellenberg,* in: Staudinger (Fn. 18), §§ 606 ff. ZPO Rn. 339 f., 365 f.

[23] § 623 ZPO.

richt werden davon nicht erfasst. Dies schlägt auf die internationale Zuständigkeit durch. Für solche Verfahren bleibt es bei den hierfür geltenden Regeln.

Für die *Vermögensauseinandersetzung* bei Gütertrennung ist danach beispielsweise das Zivilgericht am Wohnsitz des Beklagten international zuständig[24], falls nicht ausnahmsweise dingliche Rechte an einem Grundstück geltend gemacht werden[25]. Andernfalls kommt der Gerichtsstand des Aufenthaltsorts[26] oder Vermögens[27] in Betracht. Gleiches gilt für die Auseinandersetzungsansprüche, die ihre Grundlage nicht im Güterrecht, sondern im allgemeinen Schuld- und Sachenrecht haben und daher keine Familiensachen sind[28].

Je weiter die Zuständigkeit des Familiengerichts bei der geplanten Reform des familiengerichtlichen Verfahrens gefasst wird[29], desto weiter reicht daher auch diese Konzentrationszuständigkeit.

b. Internationale Zuständigkeit ohne Anhängigkeit einer Ehesache

Ist keine Ehesache anhängig, richtet sich die internationale Zuständigkeit auch für Familiensachen nach den allgemeinen Regeln[30]. Das bringt eine Vielfalt von Gerichtsständen mit sich, da die Verfahren nicht am Gericht der Ehesache konzentriert werden können.

c. Zusammenfassung

Insgesamt ergibt sich damit ein komplexes Bild: Für Verfahren vor den allgemeinen Zivilgerichten folgt die internationale Zuständigkeit den bekannten Regeln. Daneben existiert für bestimmte Verfahren vor dem Familien- oder Vormundschaftsgericht eine besondere, *personenbezogene* Zuständigkeitsordnung. Im Scheidungsfall werden dann alle familiengerichtlichen Verfahren beim Scheidungsgericht konzentriert. Die Konzentration erfasst auch güterrechtliche Verfahren, nicht aber sonstige vermögensrechtliche Streitigkeiten der Ehegatten. Die jeweilige Zuständigkeitsordnung hängt damit von Art und Gegenstand des Verfahrens sowie davon ab, ob ein Scheidungsverfahren anhängig ist.

---

[24] §§ 12, 13 ZPO.

[25] § 24 ZPO.

[26] §§ 16, 20 ZPO.

[27] § 23 ZPO.

[28] Vgl. hierzu *Jörn Bernreuther,* in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 621 ZPO Rn. 106; *Herbert Mayer,* in: R. Kissel/ders., Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 23a Rn. 40; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 129; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1349.

[29] S. §§ 200, 202, 218, 232, 233, 262, 263, 266-268 FamFG-E, § 23 b GVG-E des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BT-Drucks. 16/6308, erläuternd hierzu S. 168 ff.

[30] § 621 Abs. 2 S. 2 ZPO; Überblick bei *Philippi,* in: Zöller, Zivilprozessordnung (Fn. 22), § 621 ZPO Rn. 83 ff.; *Peter Schlosser*, in: F. Stein/M. Jonas (Begr.), Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1993, § 621 ZPO Rn. 54.

Die gesetzliche Zuständigkeitsordnung des deutschen Verfahrensrechts ist am deutschen materiellen Recht orientiert. Deutlich wird das, wenn das Vormundschaftsgericht nach materiellem deutschen Familienrecht zur Entscheidung berufen wird[31], aber auch bei der an die Qualifikation als Güterrecht, Ehewohnung oder Hausrat anknüpfenden Zuständigkeit des Familiengerichts[32]. Das wirft Probleme auf, wenn in der Sache ausländisches Recht anzuwenden ist. Dies ist nicht selten, da die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für Scheidungsverfahren und - kraft Zuständigkeitskonzentration - für andere Familiensachen der Ehegatten weit gefasst ist, während das deutsche IPR andererseits Ehewirkungen, Güterrecht und Scheidungsfolgen primär dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten unterstellt[33].

So entscheidet beispielsweise die Qualifikation als „güterrechtlicher Anspruch" i.S.d. § 621 I Nr. 8 ZPO darüber, ob während eines Scheidungsverfahrens das Familiengericht auch für diese Sache international zuständig ist, denn die Konzentrationswirkung des § 621 II 1 ZPO erfasst nur güterrechtliche Ansprüche und nicht die vor die allgemeinen Zivilgerichte gehörenden anderen Ausgleichsansprüche[34]. Für letztere gelten nicht die besonderen Regeln der internationalen Zuständigkeit für Ehesachen, sondern die allgemeinen Regeln. Dies hat zur Folge, dass bei Gütertrennung u.U. zwar die Scheidung, nicht aber die vermögensrechtliche Auseinandersetzung in Deutschland durchgeführt werden kann.

Die funktionelle Qualifikation des Verfahrensgegenstands[35] vermag zwar den Problemen abzuhelfen, die sich aus der Maßgeblichkeit ausländischen Sachrechts ergeben. Sie kann jedoch selbstverständlich nicht die deutsche Zuständigkeitsordnung überspielen – auch wenn dies sicher in manchen Fällen versucht wird.

2. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen

Die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung in Deutschland folgt den allgemeinen Regeln der § 328 ZPO bzw. § 16a FGG. Die Vollstreckung richtet sich nach den §§ 722, 723 ZPO, setzt also voraus, dass sie durch Vollstreckungsurteil für zulässig erklärt worden ist. Die Vollstreckbarerklärung ist Familiensache, wenn die entsprechende Verpflichtung aus deutscher Sicht als Familiensache zu qualifizieren ist[36].

---

[31] §§ 1357 Abs. 2, 1365 Abs. 2, 1369 Abs. 2, 1426, 1430, 1452, 1487 BGB.

[32] § 621 Abs. 1 Nr. 6-9 ZPO; dazu *Schlosser,* in: Stein/Jonas, Kommentar (Fn. 30), § 621 ZPO Rn. 6; *Philippi,* in: Zöller, Zivilprozessordnung (Fn. 22), § 621 ZPO Rn. 3 f.

[33] Art. 14 Abs. 1 Nr. 1, 15, 17 EGBGB.

[34] Oben II.1 a. a.E. (nach Fn. 24).

[35] Dazu *Gottwald*, Probleme (Fn. 21), S. 187 ff.; *Spellenberg,* in: Staudinger (Fn. 18), §§ 606 ff. ZPO Rn. 349 ff.

[36] BGHZ 88, 113 (115); BGH, FamRZ 1990, 992 (993); *Philippi,* in: Zöller, Zivilprozessordnung (Fn. 22), § 621 ZPO Rn. 24.

Ein ausländisches Scheidungsurteil muss nach Art. 7 § 1 Abs. 1 S. 1 FamRÄndG jedoch in einem besonderen Verfahren von der Landesjustizverwaltung anerkannt werden. Kommt es in einem gerichtlichen oder Verwaltungsverfahren auf die Anerkennung des Scheidungsurteils an, darf daher das Gericht oder die Behörde die Anerkennung nicht selbst inzident prüfen, sondern muss das Verfahren aussetzen, damit die Parteien das Feststellungsverfahren durchführen können[37]. An die Entscheidung der Landesjustizverwaltung sind dann alle deutschen Gerichte und Behörden gebunden, Art. 7 § 1 Abs. 8 FamRÄndG.

Entscheidungen über Scheidungsfolgen setzen eine wirksame Scheidung voraus und werden deshalb nur anerkannt, wenn auch die Scheidung in Deutschland anerkannt ist[38].

III. Der Einfluss des europäischen Rechts auf „europäische Scheidungsverfahren" vor deutschen Gerichten

Derzeit existieren drei europäische Regelwerke, die das europäische Scheidungsverfahren in unterschiedlicher Weise bestimmen: die EheVO einerseits, die EuGVVO und die EuVTVO andererseits:

Die EheVO betrifft die Scheidung und die elterliche Verantwortung für gemeinsame Kinder. Die EuGVVO und die EuVTVO umfassen alle Zivil- und Handelssachen einschließlich des Unterhalts, nehmen aber die „ehelichen Güterstände" ausdrücklich aus[39].

Das Zusammenspiel der europäischen Regelwerke mit dem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht bestimmt die Wirklichkeit des heutigen europäischen Scheidungsverfahrens. Sie soll nun für Deutschland skizziert werden:

1. Scheidungsverbund und Verfahrenskonzentration

Begehrt der Antragsteller die Eheauflösung oder die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und hat der Antragsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat der EU[40] oder dessen Staatsangehörigkeit[41], richtet sich die internationale Zuständigkeit des Scheidungsgerichts nach der EheVO.

---

[37] *Heinrich Nagel/Peter Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007, § 11 Rn. 224.

[38] BGHZ 64, 13 – Sorgerecht (anders noch KG, FamRZ 1974, 146 [148]); OLG Hamm, MDR 1982, 504 – Ehegattenunterhalt; *Dieter Henrich*, Internationales Scheidungsrecht, 1998, S. 175; *Haimo Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 892; noch weitergehend (auch für Kindesunterhalt) OLG Celle, FamRZ 1990, 1390; OLG Hamm, FamRZ 1989, 785; *Herbert Roth*, in: Stein/Jonas, Kommentar (Fn. 30), 22. Aufl. 2006, § 328 ZPO Rn. 156; dagegen zu Recht, weil nicht vom Status der Ehegatten abhängig OLG Hamm, FamRZ 1993, 213 (214); *Henrich*, a.a.O.

[39] Art. 1 Abs. 2 lit. a EuGVVO.

[40] Mit Ausnahme Dänemarks, vgl. Art. 1 Abs. 3 EheVO.

Die EheVO sieht in Art. 3 eine Vielzahl an Gerichtsständen vor, unter denen der Antragsteller die Wahl hat. Sie regelt nur die internationale Zuständigkeit, überlässt also die Bestimmung im Übrigen dem nationalen Verfahrensrecht.

Die Zuständigkeitskonzentration des deutschen Rechts (§ 621 II 1 ZPO) führt dazu, dass Art. 3 EheVO die internationale Zuständigkeit des Scheidungsgerichts auch für andere Familiensachen bestimmt, die von der EheVO sachlich nicht erfasst sind. Allerdings erstreckt sich die internationale Konzentrationszuständigkeit nur auf Familiensachen und währt nur solange, wie das Scheidungsverfahren andauert[42].

Soweit deutsche Gerichte nach Art. 3 EheVO international zuständig sind, können die Ehegatten das Scheidungsverfahren auch vor dem „internationalen Kindschaftsgericht" betreiben, d.h. dem Familiengericht am Sitz des Oberlandesgerichts, das für alle internationalen Kindschaftsverfahren zuständig ist[43]. Damit soll der Scheidungsverbund erhalten werden[44].

Die internationale Konzentrationszuständigkeit deutscher Familiengerichte erkennt die EuGVVO in Art. 5 Nr. 2 für „Unterhaltssachen" vorbehaltlos an, da die EheVO die Staatsangehörigkeit (nur) einer Partei nicht ausreichen lässt. Die Zuständigkeitsregelung der EuGVVO tritt damit hinter die Zuständigkeitsordnung der EheVO zurück. Unberührt lässt die EuGVVO auch die internationale Konzentrationszuständigkeit für Verfahren über „eheliche Güterstände", weil diese von ihr sachlich nicht erfasst werden[45].

2. Anerkennung und Vollstreckung

Die bedeutsamste Änderung der EheVO gegenüber dem autonomen deutschen Recht liegt darin, dass sie zu einer automatischen Anerkennung des ausländischen Scheidungsurteils führt (Art. 21 EheVO). Das besondere Feststellungsverfahren vor der Landesjustizverwaltung entfällt. Es bildet daher auch keine Voraussetzung mehr für die Anerkennung von Scheidungsfolgenurteilen. Sie werden nun nach den allgemeinen Regeln anerkannt und vollstreckt.

Für Unterhaltsurteile aus europäischen Staaten gelten die EuGVVO bzw. noch das EuGVÜ und das LugÜ. Sie werden ebenfalls automatisch anerkannt und können nach dem dort vorgesehenen Verfahren vollstreckt werden. Soweit ein Unterhaltsurteil die Voraussetzungen für einen Europäischen Vollstreckungstitel nach

[41] Bzw. sein domicile im Vereinigten Königreich oder Irland, vgl. Art. 7 EheVO.

[42] Oben II.1.a.

[43] § 13 Abs. 3 S. 2 IntFamRG. Die Vorschrift ersetzt den gleichlautenden § 64a Abs. 3 S. 2 FGG; dazu *Albrecht Weber*, in: T. Keidel (Begr.), Freiwillige Gerichtsbarkeit. Teil A: Kommentar zum FGG, 15. Aufl. 2003, § 64a FGG Rn. 6.

[44] Die Regelung soll es ermöglichen, den Scheidungsverbund und die Konzentrationswirkung des § 621 Abs. 2 S. 1 ZPO zu erhalten, vgl. BT-Drucks. 14/4591, S. 28 (zu § 64a Abs. 3 S. 2 FGG a.F.).

[45] Art. 1 Abs. 2 lit. a EuGVVO.

der EuVTVO erfüllt, entfällt sowohl das Vollstreckbarerklärungsverfahren als auch die Möglichkeit, einen Verstoß gegen den ordre public einzuwenden.

3. Problemfälle

a. Der sachliche Anwendungsbereich der EuGVVO

Die Harmonie zwischen nationaler Verfahrenskonzentration und europäischer Zuständigkeitsordnung ist allerdings bei weitem nicht perfekt: Die EuGVVO anerkennt die nationale Konzentrationswirkung nur für „Unterhalt". Andere Verfahren unterfallen zwingend den allgemeinen Regeln der EuGVVO für die internationale Zuständigkeit, soweit sie nicht den „ehelichen Güterstand" betreffen. Der Anwendungsbereich der EuGVVO bestimmt damit die Reichweite des Scheidungsverbunds und der Verfahrenskonzentration im nationalen Recht.

Der Grund für den Ausschluss des Güterrechts aus der EuGVVO lag in den großen Unterschieden zwischen den Kollisions- und Sachrechten der Mitgliedstaaten. Man befürchtete, das System des EuGVÜ würde in diesem Bereich von den nationalen Gerichten nicht akzeptiert und die nach dem EuGVÜ ausgeschlossene Nachprüfung der anzuerkennenden Entscheidung unter dem Gesichtspunkt des ordre public stattfinden[46]. Deshalb erfasst der Ausschluss alle vermögensrechtlichen Sonderbeziehungen unter Ehegatten mit Ausnahme des Unterhalts, unabhängig davon, wie sie das nationale Recht einordnet[47].

Zum so verstandenen „ehelichen Güterrecht" zählen zunächst einmal die *güterrechtlichen Familiensachen des deutschen Rechts* (§ 621 I Nr. 8 und 9 ZPO). Das umfasst nicht nur die Abwicklung des Güterstands bei Scheidung oder die güterrechtliche Auseinandersetzung beim Tod eines Ehegatten, sondern auch alle güterrechtlichen Streitigkeiten während bestehender Ehe und sogar aus einer nach dem Tod eines Ehegatten fortgesetzten Gütergemeinschaft, auch wenn Dritte daran beteiligt sind[48].

Funktionell gehören hierzu aber auch *alle anderen Verfahren der Vermögensauseinandersetzung* zwischen Ehegatten bei Trennung oder Scheidung, die das deutsche Recht nicht zum Güterrecht zählt, wie z.B. der Versorgungsausgleich, der Ausgleich gemeinsamer Schulden, die Rückabwicklung von Schenkungen oder ehebedingten Zuwendungen, oder die Vermögensauseinandersetzung bei Gütertrennung. Der Ausschluss der „ehelichen Güterstände" beruht gerade auf der unter-

---

[46] *Jenard*, Bericht (Fn. 1), S. 11; GA *Jacobs*, EuGH 27.2.1997, Rs. 220/95, Slg. 1997 I-1147 – van den Boogard/Laumen, Rn. 32 f. (S. 1158 ff.); *Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Rn. 66.

[47] EuGH 27.3.1979, Rs. 143/78, Slg. 1979, 1055 – de Cavel I, Rn. 7 (S. 1066); *Schlosser*, Bericht (Fn. 1), Nr. 46 ff., 50; zustimmend *Jan Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 8. Aufl. 2005, Art. 1 Rn. 27.

[48] *Schlosser*, Bericht (Fn. 1), Nr. 50.

schiedlichen Regelung der Vermögensbeziehungen zwischen Ehegatten in den Familien- und Kollisionsrechten der Mitgliedstaaten. Es kann daher nicht entscheidend sein, ob die lex fori oder die lex causae die Auseinandersetzungsansprüche vermögensrechtlich oder familien- bzw. güterrechtlich qualifiziert[49].

Schwierigkeiten bereiten die Verfahren über die *Ehewohnung* oder den *Hausrat*. Zwar geht es auch hier um die Vermögensauseinandersetzung bei Trennung oder Scheidung, doch hat das Gericht dabei u.a. die Bedürftigkeit des Ehegatten und das Wohl der Kinder zu berücksichtigen[50]. Das legt eine Qualifikation als „Unterhalt" nahe[51] und damit eine Einbeziehung in die EuGVVO. Allerdings ist die Bedürftigkeit nur einer unter mehreren Gesichtspunkten bei der Entscheidung. Verfahrensgegenstand ist die Verteilung vorhandenen Vermögens (Wohnung und Hausrat), nicht die Deckung des Lebensbedarfs. Als besonderes Verfahren zur Vermögensverteilung geht es sowohl den allgemeinen schuld- und sachenrechtlichen wie auch den güterrechtlichen Auseinandersetzungsverfahren vor[52]. Das Hausratsteilungsverfahren über die Ehewohnung und den Hausrat betrifft deshalb den „ehelichen Güterstand" i.S.d. Art. 1 II lit. a EuGVVO und wird von der EuGVVO sachlich nicht erfasst[53].

b. Einstweilige Maßnahmen

Probleme wirft die Kompetenz des Scheidungsgerichts zum Erlass einstweiliger Anordnungen bezüglich des Ehegattenunterhalts und eines Prozesskostenvorschusses, der Ehewohnung und des Hausrats sowie der persönlichen Gegenstände auf. Diese Befugnis ist unabhängig von einem Hauptsacheverfahren über den jeweiligen Gegenstand[54]; die Anordnungen entfalten Wirkung, bis sie von einer anderen Regelung ersetzt werden, d.h. sogar für die Zeit nach der Scheidung[55].

Anders als einstweilige Anordnungen bezüglich Ehewohnung und Hausrat unterfallen einstweilige Anordnungen betreffend *Unterhalt*, *Prozesskostenvorschuss* und *persönliche Gegenstände* ihrem Gegenstand nach dem sachlichen Anwendungsbereich der EuGVVO. Die Zuständigkeit des Scheidungsgerichts besteht nach Art. 5 Nr. 2 EuGVVO jedenfalls dann, wenn es zugleich auch für die Unterhaltssache zu-

---

[49] EuGH – van den Boogard/Laumen (Fn. 46), Rn. 22 (S. 1184); GA *Jacobs* – van den Boogard/Laumen (Fn. 46), Rn. 66 (S. 1169); *Jürgen Basedow*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. I, 1982, Kap. II Rn. 104.

[50] § 2 HausratVO bzw. §§ 1361a, 1361b BGB; *Dierk Müller-Gindullis*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 2000, § 2 HausratVO Rn. 3 ff.

[51] *Schlosser,* in: Stein/Jonas, Kommentar (Fn. 30), § 621 ZPO Rn. 62; *Bernreuther,* in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 28), § 621 ZPO Rn. 185; für das IPR ebenso OLG Hamm, FamRZ 1989, 621 f.; *Müller-Gindullis*, Münchener Kommentar (Fn. 50), vor § 1 HausratVO Rn. 14.

[52] BGHZ 89, 137 (142); 113, 325 (333); *Elisabeth Koch*, in: Münchener Kommentar (Fn. 50), § 1375 BGB Rn. 8.

[53] Zutreffend *Peter Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Art. 1 EuGVVO Rn. 16.

[54] § 620a Abs. 4 ZPO.

[55] § 621f Abs. 1 S. 1 ZPO.

ständig ist[56]. Ist eine Unterhaltssache anderweitig anhängig, kann das Scheidungsgericht nach Ansicht des EuGH eine einstweilige Unterhaltsanordnung nur im Rahmen des Art. 31 EuGVVO (bzw. Art. 24 EuGVÜ/LugÜ) erlassen[57]. Die EheVO hat in ihrem kryptisch formulierten Art. 20 diesen Ansatz aufgenommen[58].

Nach Art. 20 EheVO können Gerichte eines Mitgliedstaates die nach nationalem Recht vorgesehenen einstweiligen Maßnahmen in Bezug auf in diesem Staat befindliche Personen oder Güter ergreifen. Vom sachlichen Anwendungsbereich der EheVO her gesehen scheint Art. 20 auf einstweilige Maßnahmen hinsichtlich der elterlichen Sorge beschränkt zu sein. Der Status der Ehegatten selbst kann nämlich weder gesichert noch einstweilig geregelt werden. Doch soll Art. 20 ausweislich des Borrás-Berichts auch einstweilige Maßnahmen erlauben, die selbst nicht in den Anwendungsbereich der EheVO fallen. Als Beispiel nennt der Bericht einstweilige Maßnahmen im Bereich der Güterstände[59].

Die eigentliche Bedeutung des Art. 20 EheVO liegt deshalb darin, dass er die im nationalen Recht vorgesehenen einstweiligen Maßnahmen *europarechtlich eingeschränkt*: Sie sind nur zulässig, wenn ein dringender Fall vorliegt; ihre Wirkung wird auf das Gebiet dieses Mitgliedsstaates beschränkt. Dieses Konzept führt letztlich dazu, dass einstweilige Maßnahmen mit *gemeinschaftsweiter Wirkung* nur vom Gericht der Hauptsache getroffen werden können. Da die EheVO diese Gegenstände sachlich nicht erfasst und daher keinen Hauptsachegerichtsstand begründet, besteht diese Möglichkeit derzeit nur aufgrund der EuGVVO, d.h. sofern das nationale Recht eine Annexzuständigkeit des Scheidungsgerichts auch für den Unterhalt vorsieht[60]. In allen anderen Fällen schließt Art. 20 EheVO einstweilige Maßnahmen des Scheidungsgerichts mit gemeinschaftsweiter Wirkung aus.

---

[56] EuGH, 17.11.1998, Rs. C-391/95, Slg. 1998 I-7091 – van Uden/Deco-Line, Rn. 19, 22 (S. 7130 f.), EuGH, 27.4.1999, Rs. C-99/96, Slg. 1999 I-2277 – Mietz/Intership Yachting Sneek, Rn. 40 f. (S. 2314); *Kropholler*, Zivilprozeßrecht (Fn. 47), Art. 31 EuGVVO Rn. 10 f.

[57] EuGH – van Uden/Deco-Line (Fn. 56), Rn. 24 (S. 7131); zustimmend *Christian Wolf*, Konturen eines europäischen Systems des einstweiligen Rechtsschutzes, in: EWS 2000, S. 11 (13 f.); *Kropholler,* Zivilprozeßrecht (Fn. 47), Art. 31 EuGVVO Rn. 19; dagegen *Burkhard Heß/Gregor Vollkommer*, Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen nach Art. 24 EuGVÜ, in: IPrax 1999, S. 220 (222); *Astrid Stadler*, Erlaß und Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen im Anwendungsbereich des EuGVÜ, in: JZ 1999, S. 1089 (1094); vgl. auch *Andrea Schulz*, Einstweilige Maßnahmen nach dem Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen in der Rechtsprechung des EuGH, in: ZEuP 2001, S. 805 (813 f.).

[58] Vgl. zu der gleichlautenden Vorgängerregelung des Art. 12 VO (EG) Nr. 1347/2000 nur *Wolf*, Konturen (Fn. 57), S. 15 f.; *Stadler*, Erlaß (Fn. 57), S. 1098.

[59] *Alegria Borrás*, Bericht zum EheEuGVÜ (ABl. EG 1998 Nr. C 221/27), Nr. 59. Hierin sieht der Bericht einen maßgeblichen Unterschied zum EuGVÜ/LugÜ bzw. zur EuGVVO.

[60] Anders wohl *Nagel/Gottwald,* Zivilprozessrecht (Fn. 37), § 15 Rn. 55, wonach die Zuständigkeit für das Scheidungsverfahren nach Art. 2 EheVO ausreicht. Maßgeblich ist jedoch nicht der Gegenstand der Hauptsache, sondern der einstweiligen Maßnahme (vgl. EuGH 6.3.1980, Rs. 120/79, Slg. 1980, S. 731 – de Cavel II, Rn. 9 [S. 741]; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht [Fn. 53], Art. 1 EuGVVO Rn. 13).

Die teilweise Europäisierung des Scheidungsverfahrens führt damit zu Friktionen in der Zuständigkeitsordnung für vermögensrechtliche Annexverfahren und innerhalb des Scheidungsverbunds.

4. Scheidungsvereinbarungen

Häufig werden Scheidungsfolgen vertraglich geregelt. Für die einverständliche Scheidung ist nach deutschem Recht sogar Voraussetzung[61], dass die Ehegatten über ihren und den Kindesunterhalt und über die Rechtsverhältnisse an Ehewohnung und Hausrat einen vollstreckbaren Schuldtitel schaffen, d.h. entweder einen gerichtlichen Vergleich schließen oder eine vollstreckbare Urkunde vorlegen.

Als *Vollstreckungstitel* können gerichtlichen Vergleiche oder öffentlichen Urkunden in anderen Mitgliedstaaten entweder nach Art. 57 und 58 EuGVVO oder als Europäischer Vollstreckungstitel für eine unbestrittene Forderung nach Art. 24 und 25 EuVTVO vollstreckt werden. Gerade die Vereinbarungen über die Vermögensauseinandersetzung bei Trennung oder Scheidung könnten jedoch davon ausgenommen sein, weil sie den „ehelichen Güterstand" betreffen.

Das lehnen manche Autoren schon deshalb ab, weil die Art des Anspruchs oft nicht aus der Urkunde hervorgehe und die Einschränkung daher unpraktikabel sei[62], während andere auf der einheitlichen und klaren Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs bestehen[63]. Den Ausschlag kann nur die ratio legis des Ausschlusses geben. Diese ist nicht notwendig für alle in Art. 1 II EuGVVO bzw. Art. 2 II EuVTVO ausgeschlossenen Bereiche identisch. Während Insolvenzverfahren und Schiedsgerichtsbarkeit im Hinblick auf bereits bestehende oder künftige Abkommen ausgenommen wurden, beruht der Ausschluss des Güterrechts – wie übrigens auch des Erbrechts – auf den Unterschieden im Sach- und Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten[64]. Dieser Grund hat jedoch keine Bedeutung, wenn sich die Parteien über ihre vermögensrechtlichen Beziehungen einigen. Öffentliche Urkunden und gerichtliche Vergleiche sollten daher auch dann nach Art. 57, 58 EuGVVO bzw. Art. 23, 24 EuVTVO vollstreckbar sein, wenn sie Ansprüche aus dem „ehelichen Güterstand" zum Gegenstand haben[65].

---

[61] § 630 Abs. 3 ZPO.

[62] *Peter Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 28), Art. 50 EuGVÜ Rn. 7, Art. 51 EuGVÜ Rn. 2.

[63] *Basedow*, Handbuch (Fn. 49), Kap. II Rn. 89; *Kropholler*, Zivilprozeßrecht (Fn. 47), Art. 57 EuGVVO Rn. 1, Art. 58 EuGVVO Rn. 2; vgl. auch *Hélène Gaudemet-Tallon*, Les Conventions des Bruxelles et de Lugano, 2é ed., Paris 1996, no. 417 (S. 308).

[64] *Jenard*, Bericht (Fn. 1), S. 11; *Kropholler,* Zivilprozeßrecht (Fn. 47), Art. 1 Rn. 16.

[65] *Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung, Bd. I/1, 1983, S. 141; *Geimer/Schütze*, Zivilverfahrensrecht (Fn. 46), Art. 50 EuGVÜ Rn. 24, Art. 51 EuGVÜ Rn. 9; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht (Fn. 53), Art. 57 EuGVVO Rn. 5, Art. 58 EuGVVO.

IV. Geplante Neuregelungen und mögliche Entwicklungslinien

1. Grundsätzliches

Wie schon das EuGVÜ bzw. sein Nachfolger, die EuGVVO, ist auch die EheVO ohne Angleichung des Kollisionsrechts eingeführt worden. Die Harmonisierung des Kollisionsrechts hinkt der Vereinheitlichung des internationalen Zivilverfahrensrechts hinterher[66]. Die daraus entstehende Problematik ist wohl bekannt. Die Möglichkeit, mit dem Gericht zugleich das anwendbare Recht zu wählen und damit das materielle Ergebnis zu bestimmen, geht zu Lasten der *schwächeren Partei*; ihr fehlen die Mittel, auf dem Markt der europäischen Foren das ihr günstige Recht auszuwählen. Nur die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts wird daran etwas ändern können[67].

Das hat die Kommission inzwischen erkannt. Der Vorschlag für eine UnterhaltsVO von 2005 enthält Regelungen für das Kollisionsrecht. Auch die beiden Grünbücher zum Scheidungsverfahren (2005) und zum Güterrecht (2006) zielen auf das Kollisionsrecht. Während die Diskussion über das Güterrecht noch in vollem Gange ist, hat die Kommission für das Scheidungsrecht schon einen Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der EheVO im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich („Rom III-VO“) vorgelegt[68].

2. Der Vorschlag für eine UnterhaltsVO

Die Zuständigkeitsregeln der UnterhaltsVO entsprechen im Wesentlichen denen der EuGVVO; neu ist vor allem die Annexzuständigkeit für eine Unterhaltsklage bei Sorgerechtsverfahren (Art. 3 lit. d UnterhaltsVO-E). Im Übrigen versucht der Vorschlag, einzelne Fragen zu lösen, die sich im Rahmen der EuGVVO ergeben haben.

---

[66] Das IPR der Schuldverträge wurde erst durch das EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht v. 19.6.1980 (integrierte Fassung auf Grundlage des 3. Beitrittsübereinkommens in ABl. EG 1998 Nr. C 27/36) harmonisiert.

[67] Ebenso, wenngleich ohne den Scheidungsverbund zu berücksichtigen, der Bericht des Asser-Instituts für die Europäische Kommission „Practical problems resulting from the non-harmonization of choice of law rules in divorce matters“ vom Dezember 2002 (JAI/A3/2001/04), S. 47 ff., 56 f., (abrufbar unter http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/publications_de.htm); Paul Lagarde, Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union, in: P. Gottwald (Hrsg.), Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union: ein Forschungsbericht, 2004, S. 1 (2 f.).

[68] KOM (2006) 399 endg.; vgl. auch den Überblick bei *Rolf Wagner*, Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts acht Jahre nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags, in: EuZW 2007, S. 626 (627 ff.).

Eine konzeptionelle Änderung ist jedoch im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung zu verzeichnen. Hier soll nach dem Vorbild des Europäischen Vollstreckungstitels das Verfahren der Vollstreckungserklärung ganz entfallen (Art. 25 UnterhaltsVO-E), ebenso der Einwand des ordre public-Verstoßes (Art. 33 UnterhaltsVO-E). Allerdings geht der Vorschlag noch weit über die EuVTVO hinaus. Er will nämlich das Vollstreckungsverfahren selbst einheitlich regeln, insbesondere die Möglichkeit der Pfändung von Arbeitseinkommen und Bankkonten europaweit einführen (Art. 27 ff., 34, 35 UnterhaltsVO-E).

Im Übrigen enthält der Vorschlag, wie bereits bemerkt, eine Regelung des Kollisionsrechts für alle familienrechtlichen Unterhaltspflichten. Sie werden grundsätzlich am gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten angeknüpft (Art. 13 UnterhaltsVO-E). Der Verpflichtete kann sich aber u.U. auf abweichende Regelungen des Staates seines gewöhnlichen Aufenthalts oder der gemeinsamen Staatsangehörigkeit berufen (Art. 15 UnterhaltsVO-E). Auch räumt der Vorschlag den Parteien eine auf bestimmte Rechtsordnungen beschränkte Rechtswahlfreiheit ein (Art. 14 UnterhaltsVO-E).

3. Der Vorschlag für eine Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und das Kollisionsrecht in Ehesachen („Rom III-VO“)[69]

Der Vorschlag soll die EheVO durch Vorschriften zu Gerichtsstandsvereinbarungen und Kollisionsnormen in Ehesachen ergänzen. Damit will die Kommission die Möglichkeit des forum shopping begrenzen und Anreize für einen Wettlauf der Parteien zu Gericht vermindern, die durch die großen Unterschiede im materiellen Scheidungsrecht und im Scheidungskollisionsrecht der Mitgliedsstaaten entstehen[70].

Der Vorschlag gibt den Ehegatten die Möglichkeit, im Falle einer Scheidung oder einer Trennung ohne Auflösung des Ehebandes das zuständige Gericht selbst durch Gerichtsstandvereinbarung zu bestimmen (Art. 3a EheVO-E), sofern die Ehegatten einen engen Bezug zu dem gewählten mitgliedsstaatlichen Gericht haben; hiervon ausgenommen ist das Verfahren zur Ungültigerklärung einer Ehe. Auch sollen die so genannten Restzuständigkeiten des Art. 7 EheVO neu gefasst werden. Anders als in dem Vorschlag für die UnterhaltsVO soll nach dem Vorschlag für die Änderung der EheVO die Anerkennung eines Scheidungsurteils weiterhin wegen eines Verstoßes gegen den ordre public des Anerkennungsstaates versagt werden können; Art. 22 lit. a EheVO soll unverändert bleiben.

Darüber hinaus soll ein Kapitel IIa in die EheVO eingefügt werden, das eine Regelung des Kollisionsrechts für die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes enthält. Art. 20a EheVO-E räumt den Ehegatten hierbei eine auf bestimmte, enumerativ aufgezählte Rechtsordnungen begrenzte Rechtswahl-

[69] KOM (2006) 399 endg.

[70] KOM (2006) 399 endg., S. 3 f.

freiheit ein. In Ermangelung einer Rechtswahl hält Art. 20b EheVO-E eine erschöpfende Regelung parat. Als Anknüpfungspunkte dienen in dieser Reihenfolge der aktuelle bzw. letzte gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt oder die gemeinsame Staatsangehörigkeit (bzw. das domicile) der Ehegatten. Als Auffangrechtsordnung greift die lex fori ein. Eine mögliche Rück- bzw. Weiterverweisung unterbindet Art. 20d EheVO-E.

Unabhängig davon, wie man zu diesen Vorschlägen steht [71], lässt sich doch eines feststellen: Aus dem einstigen Nachzügler der Europäisierung ist mittlerweile ein Vorreiter geworden.

---

[71] Zur Kritik an dem Vorschlag für das Scheidungsrecht vgl. den Entwurf eines Berichts für den Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich, 2006/0135(CNS); positiv bewertet den Vorschlag insgesamt *Wagner*, Vereinheitlichung (Fn. 68), S. 628.

Ansätze eines einheitlichen europäischen Erkenntnisverfahrens – Kritische Anmerkungen zur „EU-Bagatell-Verordnung“

István Varga

I. Einleitung

Seit der im Amsterdamer Vertrag vollzogenen Schaffung der primären gemeinschaftlichen Regelungskompetenz auf dem Gebiet der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen lässt der europäische Gesetzgeber weder sich selbst noch der Rechtswissenschaft, die immer hoffnungsloser versucht, ihm zu folgen, eine Atempause. Während die ersten Jahre nach Inkrafttreten der Ermächtigungsgrundlage des Art. 65 EGV noch den traditionellen Bereichen des internationalen Zivilprozessrechts gewidmet waren[1], hat der Verordnungsgeber gerade in den letzten zwei Jahren völlig neue Wege beschritten. Dies kann gewissermaßen auch als ein Paradigmenwechsel betrachtet werden, denn offenbar meinen Brüssel und Straßburg, die hergebrachten Gebiete des internationalen Zivilprozessrechts, d.h. die internationale Zuständigkeit, die wechselseitige Anerkennung und Vollstreckung, sowie die Kernbereiche der Rechtshilfe (Zustellung und Beweis), abschließend oder zumindest erst mal befriedigend geregelt zu haben. Nur vor dem Hin-

[1] Vgl. die Reihe der Verordnungen: Brüssel-I-VO, Brüssel-IIa-VO, EU-ZustellungsVO, EU-BeweisVO, EU-VollstreckungsVO.

tergrund einer solchen Annahme ist es nämlich zu erklären, dass nunmehr die „Europäisierung" von primär prozessualen Regelungen inmitten des Erkenntnisverfahrens in Angriff genommen worden ist. Die ersten zwei Ergebnisse dieser bedenklichen Entwicklung sind die Mahnverfahrens-Verordnung[2] und die sogenannte Bagatell-Verordnung[3].

Die Bedenken sollen hier nicht mit einem pauschalen Europa-Skeptizismus, sondern vielmehr durch Aufzeigen von Regelungslücken, Inkonsequenzen oder zumindest offenen Fragen, mit denen der jeweilige nationale Rechtsanwender konfrontiert sein wird, begründet werden. Die folgende Auswahl der Problembereiche, der eine einführende Darstellung des neuen Verfahrens selbst vorangestellt wird, reflektiert nur die in diesem Sinne exemplarische und zugleich symptomatische Regelung der EU-BagatellVO in erster Linie in ihrem Verhältnis zum geltenden ungarischen Zivilprozessrecht. Wie jedoch ein flüchtiger, vergleichender Blick auf die deutsche Rechtslage punktuell zeigen soll, sind diese Problembereiche oft in mehreren Mitgliedstaaten identisch.

II. Die Entstehung der EU-BagatellVO und die Eckpunkte der Regelung

Auf dem Weg zur Verwirklichung bzw. nunmehr immer stärkeren Erweiterung des „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" sind drei Meilensteine zu verzeichnen, die aus der Sicht der Entstehung der EU-BagatellVO besonderer Erwähnung bedürfen. Zunächst hatte der Europäische Rat bereits während seiner für die Entwicklung des europäischen Zivilprozessrechts so bedeutsamen Tagung in Tampere im Jahre 1999 die Forderung nach vereinfachten und beschleunigten Zivilverfahren bei geringem Streitwert formuliert. Diese Forderung war zunächst mit Blick auf die Bedürfnisse von Verbraucherstreitigkeiten artikuliert worden. Auch das Haager Programm bestätigte den Regelungsbedarf. Im Dezember 2002 veröffentlichte die Kommission ein Grünbuch, das bereits den Regelungsgehalt der späteren VO im Großen und Ganzen vorwegnahm[4]. Nach vielen punktuellen Änderungen im Rahmen des gemeinsamen Verfahrens (Parlament und Rat) wurde die EU-BagatellVO schließlich am 11. Juli 2007 erlassen[5].

---

[2] Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens (im Weiteren: „EU-MahnVO").

[3] Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen (im Weiteren: „EU-BagatellVO").

[4] Bereits der Kommissionsvorschlag und das Grünbuch wurden scharf kritisiert unter anderem aus Gesichtspunkten, die auch in diesem Beitrag zur Sprache kommen sollen. Vgl. z.B. aus anwaltlicher Sicht *Eva Schriever*, Europäisierung des deutschen Zivilprozessrechts – Nach Europäischen Mahnverfahren nun das Bagatellverfahren, in: AnwBl 2005, S. 487.

[5] Für einen guten Überblick über sämtliche Materialien der Entstehungsgeschichte s. die Seite www.euzpr.eu; für eine Einführung in die Hintergründe der Regelung *Georg Haibach*, Zur Einführung

Dabei wurde den mitgliedstaatlichen Rechtsanwendern eine Übergangs- und Vorbereitungszeit von etwa anderthalb Jahren dadurch eingeräumt, dass die Verordnung – abgesehen von manchen technischen Ausführungsvorschriften und Aufträgen an die mitgliedstaatlichen Gesetzgebungen – erst ab dem 1. Januar 2009 gelten soll[6]. Dies heißt für die Praxis, dass EU-Bagatellverfahren erst ab dem genannten Zeitpunkt an- und rechtshängig gemacht werden können.

Das hauptsächliche Ziel der EU-BagatellVO ist es, in Rechtssachen mit vergleichsweise geringem Streitwert den Rechtssuchenden ein vereinfachtes, beschleunigtes und auch kostengünstiges Verfahren zur Verfügung zu stellen. Der Verordnungsgeber weist in den Erwägungsgründen mit Recht darauf hin, dass solche summarischen Verfahren auf mitgliedstaatlicher Ebene sehr unterschiedlich ausgestaltet sind, was zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann[7]. Dem ist hinzuzufügen, dass manche Mitgliedstaaten sogar überhaupt keine solchen, der VO vergleichbaren summarischen Verfahrensarten kennen, wie z.B. das ungarische Recht. Streitwertabhängig sind nämlich – abgesehen von der sachlichen Zuständigkeit, die zunächst thematisch nicht hierher gehört – derzeit in Ungarn lediglich Mahnverfahren und besondere Gestaltungen des Berufungsverfahrens. Auch ist das Anliegen des Verordnungsgebers zu begrüßen, durch die Schaffung eines einheitlichen Bagatellverfahrens die Rechtsverfolgung grundsätzlich zu erleichtern bzw. erst zu ermöglichen, verzichten doch viele Anspruchsberechtigte schon wegen der unverhältnismäßigen Kosten in diesem Bereich auf die grenzüberschreitende Rechtsverfolgung.

Bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der EU-BagatellVO ergeben sich recht wenige Probleme. Sachlich erfasst die neue Regelung die üblichen Zivil- und Handelssachen, allerdings mit einem etwas erweiterten Ausnahmenkatalog im Vergleich etwa zur Brüssel-I-VO[8]. Innerhalb des Kreises von Zivil- und Handelssachen ist das Hauptunterscheidungsmerkmal der Streitwert: Sachlich erfasst und damit zugleich als geringfügig definiert sind Forderungen, deren Wert exklusive Zinsen, Auslagen und Kosten die Grenze von 2000 € nicht überschreitet[9]. Der räumliche Anwendungsbereich der EU-BagatellVO gestaltet sich ähnlich wie der der anderen einschlägigen Verordnungen: Dänemark nimmt entsprechend dem EGV-Protokoll über die Position Dänemarks auch an dieser Verordnung nicht teil. Das Vereinigte Königreich und Irland haben hingegen von ihren opt-in-Möglichkeiten Gebrauch gemacht. Daher erlangt die EU-BagatellVO in allen

des ersten europäischen Zivilprozessverfahrens: Verordnung (EG) Nr. 861/2007, in: EuZW 2008, S. 137 ff.

[6] Vgl. Art. 29 S. 2 EU-BagatellVO.

[7] Vgl. Erwägungsgrund (7) EU-BagatellVO.

[8] Vgl. Art. 2.2 EU-BagatellVO (z.B. Unterhalt, Ehrverletzungen usw. neben den üblichen Ausnahmen).

[9] Kritisch zu dieser Streitwertgrenze *Wolfgang Hau*, Zur Entwicklung des internationalen Zivilverfahrensrechts in der Europäischen Union in den Jahren 2005 und 2006, in: GPR 2007, S. 93 (95).

Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks unmittelbare Geltung. Zeitlich gilt die VO erst ab dem 1. Januar 2009, wobei die Geltung einiger weniger Regelungen auf den 1. Januar 2008 in einer recht problematischen Weise vorgezogen wurde[10]. Diese zeitliche Ausgestaltung bedeutet, dass ein verfahrenseinleitendes Schriftstück („Formblatt A"), das zur Einleitung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen bestimmt ist, frühestens am 1. Januar 2009 bei Gericht eingereicht werden kann.

Dem Wesen und dem Regelungsgegenstand der EU-BagatellVO entsprechend sind hierin keine Vorschriften über die internationale Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte vorhanden. Lediglich der grenzüberschreitende Charakter der Rechtssache ist definiert[11]. Danach liegt im Sinne der EU-BagatellVO eine grenzüberschreitende Rechtssache vor, wenn mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem des angerufenen Gerichts hat[12]. Daher sind für die Zwecke der internationalen Zuständigkeit zwei Fallkonstellationen mit jeweils unterschiedlicher Zuständigkeitsrechtsquelle zu unterscheiden. Bei einem Beklagten mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat kommen naturgemäß die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit der Brüssel-I-VO zur Anwendung. Bei einem Beklagten jedoch, der außerhalb der EU seinen Wohnsitz hat, kommen die jeweiligen nationalen (autonomen) Vorschriften über die internationale Zuständigkeit zur Anwendung, d.h. die lex fori des jeweiligen Forumstaates. Hier kann sich der grenzüberschreitende Bezug daraus ergeben, dass das Gericht eines Mitgliedstaates angerufen wird und der Klägerwohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat liegt. Die Anwendungsbereiche der EU-BagatellVO und der Brüssel-I-VO sind folglich nicht deckungsgleich.

Ausschließlich der jeweiligen lex fori unterfallen ferner selbstverständlich auch die sachliche und die örtliche Zuständigkeit[13]. In Ungarn werden die lokalen (städtischen) Gerichte sachlich zuständig sein, da diese – vergleichbar mit den deutschen Amtsgerichten – die allgemeine Eingangsinstanz sind und die die sachliche Zuständigkeit beeinflussende Streitwertgrenze, bei deren Überschreitung die Ko-

[10] Vgl. Art. 29 S. 2, wonach Art. 25 „schon" am 1. Januar 2008 in Kraft tritt. Nach Art. 25 müssen die Mitgliedstaaten jedoch ihre ebendort aufgezählten Aufgaben gegenüber der Kommission betreffend Ausführung bereits bis zum selben Tag, also dem 1. Januar 2008, erfüllt haben. Rat und Kommission sollten sich unter diesen Umständen nicht wundern, wenn die von Art. 25 verlangten Daten bis 1. Januar 2008 nur spärlich fließen.

[11] Es ist anzumerken, dass nach den ursprünglichen Vorstellungen der Kommission die Regelung nicht nur grenzüberschreitende, sondern auch reine Inlandsfälle hätte erfassen sollen. Hierauf ist im weiteren Gang der Vorbereitungen verzichtet worden. Angesichts des – wie zu zeigen sein wird – wenig befriedigenden Ergebnisses etwas unverständlich bedauernd dazu *Haibach*, Einführung (Fn. 5), S. 140.

[12] Art. 3.1 EU-BagatellVO.

[13] Etwas anderes gilt in den Fällen, in denen die Brüssel-I-VO (vgl. deren Art. 5) zugleich die örtliche Zuständigkeit mit regelt.

mitatsgerichte (vergleichbar im Rechtszug mit den deutschen Landgerichten) sachlich zuständig wären, weit über 2000 € liegt[14].

Die Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht sowie die Klageerwiderung seitens des Beklagten erfolgen grundsätzlich durch Ausfüllen und Einreichen von vorgefertigten Formblättern, die die Gerichte immer verfügbar haben und bei deren Ausfüllung sie Hilfestellung leisten müssen. Ist die dergestalt vorformulierte Klageschrift nicht ordnungsgemäß ausgefüllt oder fällt die geltend gemachte Forderung nicht in den Anwendungsbereich der EU-BagatellVO, so kann das zur Abweisung wegen Unzulässigkeit führen. Zu Recht wird jedoch im Schrifttum die Möglichkeit zur Weiterführung des Verfahrens nach den einschlägigen Regeln der lex fori auch in diesen Fällen bejaht[15]. Das bedeutet, dass die mangelhafte, jedoch den nationalen Vorschriften über die Klageerhebung genügende Verfahrenseinleitung in diesem Fall auch mit ex-tunc-verjährungsunterbrechender Wirkung in einen ordentlichen nationalen Zivilprozess mündet. Die Verordnung sieht über die Abweisung wegen Unzulässigkeit hinaus an gleicher Stelle[16] noch die recht fragwürdige Möglichkeit der Abweisung wegen offensichtlicher Unbegründetheit vor. Zu letzterem Instrument wird im Folgenden gesondert[17] Stellung genommen.

Die Verordnung enthält eine Vielzahl von Regelungen, die tatsächlich der Vereinfachung und Beschleunigung der Entscheidungsfindung beitragen sollen und können. Hierzu gehören die nur stichwortartig zu erwähnenden Verfahrensvorschriften über die Fristen, die sowohl die Prozesshandlungen der Parteien als auch die des Gerichts erfassen. Zählt man alle in der VO genannten, vom Gericht und den Parteien zu beachtenden Fristen (Klageerwiderung, Stellungnahme seitens des Klägers, Widerklage, etwaige Beweisanträge und Beweisaufnahme und schließlich ausnahmsweise eine mündliche Verhandlung[18]) zusammen, so wird klar, dass dem Verordnungsgeber daran gelegen war, spätestens 6 Monate nach Klageerhebung das Verfahren durch Sachurteil abschließen zu lassen. Kaum verständlich bis unseriös mutet daher die kindisch formulierte „Fristengeneralklausel“, nach der das Gericht die erforderlichen Verfahrensschritte doch so bald wie möglich veranlassen solle, sollte es die genannten Fristen „ausnahmsweise nicht einhalten“ können[19]. Diese Vorschrift ist dazu geeignet, die Fristen zur Bedeutungslosigkeit zu verdammen und letztlich eines der Hauptziele der EU-BagatellVO, nämlich die Verfahrensbeschleunigung, zu vereiteln.

Auch die grundsätzliche Schriftlichkeit des Verfahrens mit der mündlichen Verhandlung als Ausnahmefall dient vornehmlich der Vereinfachung und der

---

[14] Derzeit 5 Millionen HUF (etwa 20.000 Euro). Vgl. § 23 Abs. 1a UngZPO.

[15] Vgl. z.B. *Thomas Rauscher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, Anhang II zu Buch 11 (EG-BagatellVO), Rn. 16.

[16] Art. 4.4 EU-BagatellVO.

[17] S. unten III. 4.

[18] Vgl. Art. 5.2-6.7 EU-BagatellVO.

[19] Zu Recht kritisch etwa *Rauscher*, in: Münchener Kommentar (Fn. 15), Rn. 28.

Beschleunigung. Der Ausnahmecharakter der mündlichen Verhandlung wirft jedoch auch Probleme auf, auf die ebenfalls im Folgenden gesondert[20] eingegangen werden soll. Für die Parteien besteht ferner kein Anwaltszwang. Einen solchen dürfen auch die nationalen Gesetzgeber nicht schleichend einführen.

Ist keiner der erwähnten Abweisungsgründe vorhanden und soll das Verfahren auch nicht in der geschilderten Weise in Gestalt eines ordentlichen Zivilprozesses nach der lex fori fortgeführt werden, so fällt das Gericht – nach u.U. möglicher verlängerter Beweisaufnahme und ausnahmsweise nach einer mündlichen Verhandlung – ein Urteil in der Sache. Zu einem solchen kann es allerdings auch viel früher kommen, denn die EU-BagatellVO eröffnet implizit auch die Möglichkeit eines Versäumnisurteils[21].

Das im Bagatellverfahren ergehende Urteil hat das sehr wichtige und zugleich höchst problematische Effektivitätsmerkmal der vorläufigen Vollstreckbarkeit[22]. Lediglich in Ausnahmesituationen ist eine Beschränkung oder Aussetzung der Vollstreckung möglich[23]. Aus der unmittelbaren Vollstreckbarkeit des Urteils folgt der insoweit konsequente Verzicht der EU-BagatellVO auf die Regelung von Rechtsmitteln. Dies wird ausdrücklich den einzelnen nationalen Zivilprozessrechten überlassen, wobei für Ungarn ebenso wie für Deutschland von der Statthaftigkeit der Berufung auszugehen ist. Problematisch – und daher im Folgenden noch gesondert anzusprechen – ist dabei, dass diese in beiden Rechtssystemen als echtes Rechtsmittel mit Devolutiv- und Suspensiveffekt ausgestaltet ist. Die EU-BagatellVO selbst regelt lediglich einen nicht devolutiven und nicht suspensiven Rechtsbehelf in Gestalt der so genannten „Überprüfung des Urteils"[24]. Dieser kann auf Zustellungsmängel und auf solche außergewöhnlichen Umstände gestützt werden, die dem Beklagten ohne sein Verschulden das Bestreiten der Forderung unmöglich gemacht haben. Auch die von der EU-BagatellVO für den Fall der Begründetheit des Überprüfungsantrags angeordnete Rechtsfolge, nämlich die Nichtigkeit des Urteils, wirft weiter zu verfolgende Fragen auf.

III. Ausgewählte offene Fragen

Im Laufe der bisherigen Ausführungen sind bereits manche Punkte der Regelung als problematisch oder zumindest erklärungsbedürftig eingestuft worden. Diese und andere, an sich kritikwürdige Einzelheiten des neuen Regelwerks sollen im Folgenden kurz angesprochen werden.

---

[20] S. unten III. 5.

[21] Vgl. Art. 7.3 EU-BagatellVO.

[22] Art. 15.1 EU-BagatellVO.

[23] Art. 22, 23. EU-BagatellVO.

[24] Art. 18. EU-BagatellVO.

1. Fakultativer Charakter und Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Verfahrensarten

Nach der Eingangsvorschrift der EU-BagatellVO soll diese neu geschaffene Verfahrensart lediglich als eine Alternative an die Seite der in den Mitgliedstaaten existierenden Verfahren treten. Es ist jedoch fraglich, ob dieser alternative Charakter angesichts der derzeit geltenden mitgliedstaatlichen Regelungen ohne tiefe Eingriffe in die nationalen Zivilprozessordnungen verwirklicht werden kann, die jedoch gerade wegen der betonten Alternativität nicht beabsichtigt sein dürften.

Die einzelnen Mitgliedstaaten haben zum einen weit divergierende Vorstellungen darüber, ab welchem Streitwert eine Rechtssache als geringfügig angesehen werden kann. Deutschland und Ungarn können auch angesichts der bekanntlich bedeutenden Unterschiede der Einkommensverhältnisse und des allgemeinen Lebensniveaus bzw. der Lebensunterhaltungskosten für die Zwecke der Exemplifikation hier nutzbringend herangezogen werden. Selbst in Deutschland ist die Festlegung der Streitwertgrenze bei 2000 Euro auf heftige Kritik gestoßen[25], was vor allem auch hinsichtlich der viel niedrigeren Bagatellgrenze (600 Euro) des deutschen Rechts[26] verständlich ist. Es bedarf kaum einer Erwähnung, dass diese Streitwertgrenze in vielen neuen Mitgliedstaaten, so auch in Ungarn, auf gesteigerten Unwillen stößt. Hinzu kommt aus ungarischer Sicht, dass die Einführung des EU-Bagatellverfahrens hier vielleicht noch zu größeren Systembrüchen als in Deutschland führen wird. Ungarn hat nämlich derzeit kein autonomes streitiges Bagatellverfahren. Demgegenüber können vor ungarischen Gerichten Geldforderungen mit einem Wert von bis zu HUF 200.000 (etwa 780 Euro) ausschließlich(!) im Wege des Mahnverfahrens geltend gemacht werden[27]. Alternativität ist hier unmöglich, es sei denn, die wohl bewährte traditionelle ungarische Regelung wird aufgegeben. Bei der Festlegung des alternativen Charakters hat der europäische Gesetzgeber offenbar wenig Bedacht auf mögliche funktionelle Überlappungen zwischen Bagatell- und Mahnverfahren genommen. Dies hätte ein Minimum an funktionaler Prozessrechtsvergleichung vorausgesetzt, die ja gerade dazu berufen ist, grenzüberschreitende Normgebung zu unterstützen.

Nimmt man die Alternativität doch ernst (d.h., kommt es also etwa im Fall Ungarns – wegen des Vorrangs des Europarechts – zur Alternativität anstelle der Ausschließlichkeit des Mahnverfahrens), so führt sie – dies zeigt der ungarische Kontext sehr klar – unweigerlich zur Benachteiligung inländischer Beklagter, denn es liegt ausschließlich in der Hand des ausländischen (die erforderliche „Grenzüberschreitung" ist dadurch gegeben) Klägers, den Beklagten statt in einem mit

[25] Vgl. z.B. die kritische Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, in: EuZW 2005, Heft 20 (Red.), und auch darauf Bezug nehmend *Hau*, Entwicklung (Fn. 9), S. 95.

[26] Vgl. § 495a ZPO.

[27] Vgl. § 313 UngZPO.

suspensiven und devolutiven Rechtsmitteln ausgestatteten Verfahren in einem solchen verurteilen zu lassen, das dieser rechtstaatlichen Garantien entbehrt.

2. Fakultativer Charakter und Verhältnis zu anderen europäischen Instrumenten

Die EU-BagatellVO lässt nicht nur die einzelnen mitgliedstaatlichen Verfahrensarten, sondern auch die parallel geltenden gemeinschaftsrechtlichen Regelwerke unberührt. So ist oben bereits erwähnt worden, dass die Brüssel-I-VO auch weiterhin die Grundlage für die Zuständigkeitsbestimmung bleibt. Schwer abzuschätzen ist hingegen, wie sich die einzelnen Vollstreckungsregime zueinander verhalten. Die EU-BagatellVO spricht von „Bestätigung“ wiederum in Gestalt eines Formblatts. Diese durch das Erstgericht ausgestellte Bestätigung muss dem Antrag auf Vollstreckung beigefügt werden[28]. Es ist nicht ersichtlich, wie sich diese Bestätigung zu den formalen Voraussetzungen der anderen europäischen Verfahrensarten verhalten soll, insbesondere zur Bestätigung als europäischer Vollstreckungstitel. Neben dem vergleichsweise schwerfälligen Anerkennungs- und Vollstreckungsregime der Brüssel-I-VO gibt es dann noch die ebenfalls neu geschaffene Möglichkeit der automatischen Vollstreckung ohne jegliche Bestätigung im Rahmen der EU-MahnVO. Die „Bereicherung“ dieser „Artenvielfalt“[29] der Vollstreckungsformalia muss sich scharfe Kritik gefallen lassen[30].

3. Kein eindeutiges Zustellungsregime

Ein Sonderproblem des Verhältnisses zu anderen europäischen zivilprozessualen Rechtsquellen stellt die Regelung der internationalen Zustellung dar. Kaum zu verstehen ist jene Verweisungsnorm, die für die Zustellungen einfach Art. 13, 14 der VollstreckungstitelVO für anwendbar erklärt. Diese sind selbst nämlich gerade keine Zustellungsregeln, sondern definieren nur Mindeststandards für die Zwecke der Bestätigung als europäischer Vollstreckungstitel. Daher kommt man jedoch zwangsweise zur Anwendung der ZustellungsVO bzw. des HZÜ oder der autonomen nationalen Regeln, was offenbar vom Verordnungsgeber nicht gewollt war.

4. Abweisung als „offensichtlich unbegründet”

Eine bereits erwähnte Vorschrift der EU-BagatellVO ermöglicht es dem Richter in der Phase der formalen Überprüfung der Klageschrift gleich nach deren Einrei-

[28] Vgl. Art. 20, 21 EU-BagatellVO.

[29] So die berechtigte Kritik von *Rauscher*, in: Münchener Kommentar (Fn. 15), Rn. 34.

[30] Vgl. zu den Systembrüchen bzgl. Zustellung aber auch allgemein *Thomas Rauscher*, Ein „Code of EC-Conflict Law“?, in: A. Bammer (Hrsg.), FS Rudolf Machacek/Franz Matscher, 2008, S. 665 (671).

chung, die Klage als offensichtlich unbegründet abzuweisen[31]. Diese Vorschrift setzt sich über jeden rechtsstaatlichen Maßstab hinweg und missachtet auch die prozessuale Wirklichkeit, die doch gerade durch die EU-BagatellVO geschaffen worden ist. Danach ist das Gericht in dieser Phase nur mit der Klageschrift vertraut und kennt weder die Klageerwiderung noch alle Beweismittel, da deren sofortige Präsentierung die VO gerade nicht zwingend vorschreibt. Die Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens sollte sicherlich nicht so weit gedeihen, dass letztlich das Grundrecht auf Zugang zum Gericht bzw. auf effektiven Rechtsschutz ausgehöhlt wird. Das ungarische Verfassungsgericht hat vor einigen Jahren eine praktisch gleichlautende Vorschrift der ungarischen ZPO[32] gerade wegen Vereitelung des Zwecks des genannten Grundrechts für verfassungswidrig erklärt[33]. Es wäre grotesk und mehr als bedauerlich, wenn nunmehr die Europäische Union die Geltung einer solchen Vorschrift erzwingen würde. Wie aus dem erst spärlich vorhandenen Schrifttum hervorgeht, ist diese Regel auch für andere mitgliedstaatlichen Rechtssysteme, so etwa für das deutsche, befremdlich. Nicht von ungefähr will man hier etwas wohlwollend von Unschlüssigkeit statt Unbegründetheit ausgehen, um zumindest die materielle Rechtskraft potenziell grundfalscher Entscheidungen zu verhindern[34].

5. Fragwürdige Regelungen zur mündlichen Verhandlung, zu Rechtsbehelfen und zu Vollstreckungsversagungsgründen

In dem Eifer, ein wirklich beschleunigtes Verfahren in die Welt zu setzen, verzichtet die EU-BagatellVO gleich auf eine Reihe von prozessualen Garantien. Das Verfahren soll hochformalisiert in Gestalt von Formblättern schriftlich geführt werden. Einen Parteiantrag auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung kann das Gericht mit der pauschalen Begründung, dass es eine solche nicht für erforderlich halte, zurückweisen. Es ist fraglich, wie diese Regelung den Anforderungen gerecht werden kann, die von Art. 6 EMRK und der sich daran anschließenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gestellt werden[35].

Die VO selbst definiert keine Rechtsmittel, sondern überlässt diese Aufgabe zunächst konsequent den Mitgliedstaaten. Zugleich jedoch statuiert sie, dass das

---

[31] Vgl. Art. 4.4 a.E. EU-BagatellVO.

[32] § 130 Abs. 1 (i) a.F. UngZPO.

[33] Entscheidung des ungarischen Verfassungsgerichts Nr. 59/1993 (XI. 29.) AB, ABH 1993, 353.

[34] Vgl. *Rauscher*, in: Münchener Kommentar (Fn. 15), Rn. 17.

[35] In diesem Sinne kritisch auch *Hau*, Entwicklung (Fn. 9), S. 96. Nach der Gegenmeinung sei der Ausschluss der Mündlichkeit zu begrüßen, denn eine obligatorische mündliche Verhandlung auf Antrag hin würde das Verfahren dem Verzögerungswillen des Beklagten preisgeben. Vgl. (auch insgesamt unkritisch und lobend) *Isabel Jahn*, Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen, in: NJW 2007, S. 2890 (2892). Ebenso unkritisch (auch gegenüber der ganzen EU-BagatellVO) zuletzt *Xandra E. Kramer*, The European Small Claims Procedure: Striking the Balance between Simplicity and Fairness in European Litigation, in: ZEuP, 2008, S. 355 ff.

Urteil ungeachtet eines möglichen Rechtsmittels vollstreckbar ist. Damit wird ein Wesensmerkmal der autonomen Rechtsmittel, nämlich der Suspensiveffekt, zunichte gemacht. Anders als in Deutschland wird die Rechtslage in Ungarn dadurch noch ernster, als nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichts gegen jede behördliche oder gerichtliche Entscheidung zumindest ein Rechtsmittel mit Devolutiv- und Suspensiveffekt gegeben sein muss.[36] Auch wenn eine solche verfassungsmäßige Verankerung des Rechtsmittelrechts von einschlägigen europäischen Regelwerken (etwa von der EMRK) nicht zwingend gefordert wird, kann man auch in diesem Fall behaupten, dass die EU-BagatellVO in diesem Kontext wohl mehreren Mitgliedstaaten einen Bruch mit der eigenen Verfassungstradition abverlangt.

Schließlich wirft der Verzicht auf die Möglichkeit der Geltendmachung von Vollstreckungsversagungsgründen auch schwerwiegende Bedenken auf. Dass der Verordnungsgeber selbst auf eine ordre-public-Kontrolle im jeweiligen Exequaturstaat verzichtet, steht zwar gewissermaßen in der Tradition der VollstreckungstitelVO. Er muss sich jedoch die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken vorhalten lassen wie bei der VollstreckungstitelVO.[37]

Der einzige Rechtsbehelf, den die EU-BagatellVO selbst kennt und der u.U. zur Aussetzung der Vollstreckung führen kann, nämlich die Überprüfung des Urteils, die teils auf Zustellungsmängel, teils auf außergewöhnliche, das Bestreiten der Forderung hindernde Umstände gestützt werden kann, weckt aber auch Bedenken. Die begründete Geltendmachung der Überprüfung führt nämlich entsprechend der hier einschlägigen Norm[38] zu der Nichtigkeit des Urteils. Es wird wohl der Prozessrechtswissenschaft überlassen bleiben, was unter einem nichtigen Urteil zu verstehen ist und welche Rechtsfolgen die Nichtigkeit entfaltet. Die Mehrheit der mitgliedstaatlichen Zivilprozessordnungen dürfte jedenfalls diesen Rechtsbegriff nicht kennen.

---

[36] Vgl. die Rechtsprechung des VerfG zu § 57 Abs. 5 UngVerfassung.

[37] Vgl. zur Kritik an der mangelnden Kontrolle nur *Thomas Rauscher/Steffen Pabst*, in: T. Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2006, VollstreckungstitelVO, Einl. Rn. 33-43.

[38] Vgl. Art. 18.2 EU-BagatellVO.

Verfassungsgarantien und internationale Herausforderungen: eine Aufgabe für alle Staatsgewalten

Pál Sonnevend

Der Schutz bestimmter Grundrechte wird im Zeitalter des globalen Terrorismus besonderen Herausforderungen ausgesetzt. Es geht um sensible Bereiche, in denen das Verfassungsrecht ein neues Gleichgewicht zwischen Freiheit und Sicherheit finden muss. Dabei muss sich die Verfassungsauslegung stets auch die Gefahr vor Augen halten, dass Ängste in der Bevölkerung instrumentalisiert werden, um eine gesellschaftliche Akzeptanz für weit reichende Kompetenzen der Sicherheitsbehörden zu schaffen.

Diese Entwicklung läuft parallel zu der Vertiefung der Zusammenarbeit in Strafsachen innerhalb der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums. Nationale Verfassungsgerichte werden immer häufiger mit Fällen konfrontiert, in denen sich die Notwendigkeit der Grundrechtseinschränkung aus dem Völkerrecht oder dem Recht der Europäischen Union ergibt. Der vorliegende Beitrag führt Beispiele für diesen schwierigen Abwägungsvorgang aus der ungarischen Verfassungspraxis vor Augen. Die Beispiele demonstrieren zwei grundlegende Erkenntnisse. Erstens: Der politische Entscheidungsprozess spielt in diesem Bereich eine wesentlich größere Rolle beim Schutz der Grundrechte als bei

rein innerstaatlichen Angelegenheiten. Dementsprechend sind in diesem Zusammenhang nicht nur die Verfassungsgerichte, sondern auch andere Staatsgewalten und Akteure gefragt, von der Regierung über das Parlament bis zum Staatspräsidenten. Zweitens: Die Verfassungsrechtsprechung muss klare Vorgaben geben, die die politischen Akteure ihren Entscheidungen zugrunde legen können.

I. Der Vorrang des Europarechts als klare Vorgabe für das nationale Verfassungsrecht

Ausgangspunkt der Problematik ist der Vorrang des Europarechts. Heute ist unumstritten, dass das Recht der Europäischen Gemeinschaften einen Anwendungsvorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten genießt. Der Europäische Gerichtshof behauptet diesen Vorrang auch vor den nationalen Verfassungen1. Allerdings akzeptieren nicht alle Verfassungsgerichte diesen Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor ihren jeweiligen Verfassungen vorbehaltlos. Sie haben aber dennoch Maßstäbe entwickelt, die im Bereich des Gemeinschaftsrechts ein niedrigeres Niveau des Grundrechtsschutzes voraussetzen2. Praktisch gesehen steht daher in den meisten Verfassungsordnungen der Europäischen Union der Anwendung des Gemeinschaftsrechts nichts im Wege.

Soweit es um das Recht der Europäischen Gemeinschaften geht, entstehen aufgrund seines Vorrangs kaum Konfliktmöglichkeiten, da der Regelungsbereich des EG-Rechts weniger grundrechtsintensiv ist. In der dritten Säule der Europäischen Union, im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, erfolgt hingegen eine Rechtssetzung, die Grundrechte wesentlich berühren kann. Seit dem „Pupino“-Urteil des EuGH3 sind Entwicklungen absehbar, dass der Europäische Gerichtshof auch diesen Rechtsnormen Vorrang vor dem nationalen Recht zubilligt und somit nicht nur das Gemeinschaftsrecht, sondern auch das gesamte Recht der Europäischen Union Vorrang vor den nationalen Verfassungen genießen kann. In diesem Urteil bejaht der EuGH den Vorrang des Unionsrechts implizit, als er eine Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts anerkennt, denn eine solche Konformitätspflicht ist nur in Bezug auf höherrangiges Recht vorstellbar. Freilich stellt sich die Vorrangfrage direkt nur bei einem Konflikt zweier Normen im Einzelfall. Sie setzt daher die unmittelbare Anwendbarkeit der kollidierenden Norm des EU-Rechts logisch

[1] EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. C-11/70 – Internationale Handelsgesellschaft, EuGHE 1970, 1125.

[2] Etwa für Deutschland: BVerfGE 37, 271 – Solange I; BVerfGE 73, 339 – Solange II; BVerfGE 97, 350 – Euro; für Italien: Frontini/Ministero delle Finanze, Urteil 183/73 vom 27.12.1973, Auszüge in: *Andrew Oppenheimer*, The Relationship between European Community Law and National Law. The Cases, 1994, S. 629; abgedruckt auch in: EuR 1974, S. 225.

[3] EuGH, Urt. v. 16.06.2005, Rs. C-105/03 – Pupino, EuGHE I 2005, 5285.

voraus. In indirekter Weise kann sich die Vorrangfrage jedoch auch in Bezug auf das Unionsrecht der dritten Säule stellen. Wird eine nationale Gesetzesvorschrift zur Umsetzung eines Rahmenbeschlusses erlassen, wobei diese Vorschrift durch den Rahmenbeschluss vollständig und ohne jeden Umsetzungsspielraum determiniert wird, so ist anzunehmen, dass der EuGH hier einen Vorrang des Rahmenbeschlusses vor dem nationalen Verfassungsrecht annehmen würde4.

Ein eklatantes Beispiel für diese Entwicklung bildet eine Erklärung der Kommission zu einem Vorschlag für den Rahmenbeschluss zur strafrechtlichen Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit5. Art. 7 Abs. 2 des Vorschlags sieht im Wesentlichen vor, dass die Mitgliedstaaten rassistische äußerungen nur soweit für strafbar erklären müssen, als dies weder die sich aus Verfassungsüberlieferungen ergebenden Grundprinzipien noch die Versammlungs- und Meinungsfreiheit verletzen würde6. In ihrer Erklärung zu dem Vorschlag weist die Kommission ausdrücklich auf den Vorrang des Unionsrechts (und nicht des Gemeinschaftsrechts) hin7: „Die Kommission dankt dem Rat für die Anstrengungen, die er unternommen hat, um eine Einigung über ein so wichtiges Thema zu erzielen. Es war an der Zeit, dass die Europäische Union eine konsequente Haltung gegenüber den Phänomenen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit einnimmt. Die Kommission ist allerdings der Ansicht, dass Artikel 7 Absatz 2 so ausgelegt werden könnte, als dürfe das nationale Recht über das Unionsrecht gestellt werden. Die Kommission erinnert in diesem Zusammenhang an den Vorrang des Unionsrechts."

Ungeachtet dieser Auffassung der Kommission wird spätestens nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon der Vorrang der Rechtsmaterie, die heute unter die dritte Säule der Union fällt, Realität sein. Denn der Entwurf des Reformvertrags lagert die Bestimmungen des EU-Vertrags betreffend die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in den – umbenannten – EG-

[4] *Thomas Giegerich*, Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht?, in: ZaöRV 67 (2007), S. 351 (377).

[5] Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, 19. Juli 2007, 11522-07; http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/07/st11/st11522.de07.pdf.

[6] Art. 7 Abs. 2 des Vorschlags von 19. Juli 2007 sieht Folgendes vor: „Dieser Rahmenbeschluss verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, Maßnahmen zu ergreifen, die im Widerspruch zu Grundprinzipien stehen, die sich aus Verfassungsüberlieferungen ergeben und die Vereinigungsfreiheit und die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit und die Freiheit der Meinungsäußerung in anderen Medien, betreffen; er verpflichtet sie auch nicht dazu, Maßnahmen zu ergreifen, die in Widerspruch zu Bestimmungen stehen, die die Rechte und Verantwortlichkeiten sowie die Verfahrensgarantien für die Presse oder andere Medien regeln, wenn diese Bestimmungen sich auf die Feststellung oder Begrenzung der Verantwortlichkeit beziehen." Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 blieb unverändert in der Fassung vom 26. Februar 2008; s. 16771/07, http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/07/st16/st16771.de07.pdf.

[7] Rat der Europäischen Union, I-Punkt-Vermerk des Generalsekretariats des Rates für den Ausschuss der Ständigen Vertreter, 11523-07; http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/07/st11/st11523.de07.pdf.

Vertrag um (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union)[8]. So werden die diesbezüglichen Bestimmungen in die Handlungsformen der Gemeinschaft aufgenommen, was automatisch zur Anerkennung des Vorrangs führt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Besonderheiten der mitgliedsstaatlichen Verfassungsordnungen im Bereich des Europarechts überhaupt zur Geltung kommen können. Vieles spricht dafür, dass hier der Schwerpunkt vom gerichtlichen Rechtsschutz zum politischen Entscheidungsprozess verschoben werden muss.

II. Die Ausnutzung politischer Handlungsspielräume als „weiche Lösung“

Die Rolle politischer Handlungsspielräume wird in der ungarischen Rechtspraxis vor allem am Beispiel der Übermittlung von Fluggastdaten an das United States Department of Homeland Security anschaulich. In diesem Fall stehen wir einer Rechtslage gegenüber, die sowohl völker- als auch europarechtliche Elemente enthält. Bekanntlich verlangt das Department of Homeland Security von Fluggesellschaften persönliche – auch sensible – Daten über Passagiere, die in die USA fliegen wollen. Um zu verhindern, dass einzelne Fluggesellschaften für ihre Marktpositionen persönliche Daten grenzenlos preisgeben, hat sich die Europäische Union für den Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens mit den USA entschieden. Das erste Abkommen, das auf Art. 95 EG-Vertrag gestützt war, wurde vom EuGH wegen eines Zuständigkeitsmangels für nichtig erklärt[9]. Das zweite Abkommen wurde nunmehr auf Basis von Art. 24 und 38 des EU-Vertrags abgeschlossen. Damit eröffnete sich für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, dem Abschluss des Abkommens mit dem Vorbehalt einer innerstaatlichen Ratifizierung zuzustimmen[10]. Ungarn hat – zusammen mit zehn anderen Mitgliedstaaten – von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Dieses Vorgehen war deswegen brisant, weil schon das erste Abkommen zahlreiche Datenschutzmängel aufwies[11], die im zweiten Abkommen nicht behoben wurden. Um nur einige zu nennen: Der Zweck der Datenverarbeitung war alles andere als hinreichend be-

[8] Vertrag von Lissabon, Art. 2, 67) „Artikel 66 wird durch Artikel 61g ersetzt, der in Nummer 64 wiedergegeben ist, und die Artikel 67 bis 69 werden aufgehoben. Das folgende Kapitel 4 und die folgenden Artikel 69a bis 69e werden eingefügt. Die Artikel 69a, 69b und 69d ersetzen Artikel 31 des bisherigen Vertrags über die Europäische Union, wie vorstehend in Artikel 1 Nummer 51 dieses Vertrags angegeben.”

[9] EuGH, Urt. v. 30.05.2006, Rs. C-317/04, EuGHE I 2006, 4722.

[10] Art. 24 Abs. 5 EUV: „Ein Mitgliedstaat, dessen Vertreter im Rat erklärt, dass in seinem Land bestimmte verfassungsrechtliche Vorschriften eingehalten werden müssen, ist durch eine solche Übereinkunft nicht gebunden; […].”

[11] S. statt aller *Spiros Simitis*, Übermittlung der Daten von Flugpassagieren in die USA: Dispens vom Datenschutz, in: NJW 2006, S. 2011 ff.

stimmt[12], der Betroffene konnte die Verarbeitung durch die US-Behörden nicht kontrollieren, und diese Behörden konnten die Daten an andere Behörden ungehindert weitergeben. Gleichzeitig war offensichtlich, dass kein Mitgliedstaat der EU die Last auf sich nehmen wollte, den Abschluss des Abkommens zu verhindern und dadurch die Flugverbindungen in die USA zu gefährden.

Äußere Zwänge und politische Klugheit hätten dafür gesprochen, das ungarische Zustimmungsgesetz zum Abkommen ohne Weiteres zu verabschieden und zu verkünden[13]. Allerdings ist gemäß Art. 26 Abs. 2 der ungarischen Verfassung der Staatspräsident befugt, Gesetze vor ihrer Verkündung dem Verfassungsgericht zur vorherigen Normenkontrolle vorzulegen, falls er eine Bestimmung des Gesetzes für verfassungswidrig hält[14]. Zugleich ermächtigt Art. 26 Abs. 2 der Verfassung den Staatspräsidenten, Gesetze vor ihrer Unterzeichnung mit seinen Bemerkungen zur Überprüfung an das Parlament zurückzusenden, falls er mit dem Gesetz oder mit einer Bestimmung des Gesetzes nicht einverstanden ist. In einem solchen Veto kann der Staatspräsident jegliche – auch nicht verfassungsrechtliche – Bedenken äußern. Damit eröffnete sich der Weg für eine politische Entscheidungsfindung, die eine wesentlich effizientere Lösung anbieten konnte, als der klare, aber äußerst konfliktgeladene verfassungsgerichtliche Weg. Der Präsident forderte daher das Parlament auf, das Zustimmungsgesetz durch eine Bestimmung zu ergänzen, die die Weitergabe persönlicher Daten von Fluggästen von ihrer ausdrücklichen Zustimmung abhängig macht. Da diese Bestimmung nicht in Widerspruch zu dem Abkommen stand, konnte das Parlament sie ins Gesetz einfügen. So entstand eine Regelung, die als mit dem Grundrecht auf Schutz der persönlichen Daten im Einklang stehend angesehen werden kann.

Dass diese Lösung gewisse Auswirkungen zeitigt, zeigt sich im neuen, vom Rat am 23. Juli 2007 angenommenen dritten PNR-Abkommen[15], dem nunmehr eine erweiterte Zusicherung des Department of Homeland Security beigefügt ist, die den Zweck der Datenverarbeitung eng bestimmt und die Weitergabe persönlicher Daten an andere Behörden und Staaten an Garantien knüpft.

---

[12] "(1) In reliance upon DHS's continued implementation of the aforementioned undertakings as interpreted in the light of subsequent events, the European Union shall ensure that air carriers operating passenger flights in foreign air transportation to or from the United States of America process PNR data contained in their reservation systems as required by DHS."

[13] In der ungarischen Verfassungsordnung erfolgt seit 2005 der Abschluss völkerrechtlicher Verträge nach einem Muster, das Art. 59 Abs. 2 GG im Wesentlichen entspricht. Dazu s. *Pál Sonnevend*, Offene Staatlichkeit: Ungarn, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalon/P.M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd I, 2008, Rn. 41.

[14] Zu dieser Befugnis des Verfassungsgerichts s. *Georg Brunner*, Vier Jahre ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: G. Brunner/L. Sólyom, Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn, 1995, S. 27 ff.

[15] Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen (Passenger Name Records — PNR) und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an das United States Department of Homeland Security (DHS), ABl. Nr. L 204 vom 04.08.2007, S. 16 ff.

III. Das Zusammenwirken mehrerer Staatsgewalten für eine klare europafreundliche Verfassungslage

Bereits das Beispiel des PNR-Abkommens zeigt ein gewisses Zusammenwirken bestimmter Staatsgewalten, nämlich des Staatspräsidenten und des Parlaments. Noch komplexer war der Prozess, der letztendlich in eine Verfassungsänderung mündete, um die Ratifizierung des Vertrags von Lissabon zu ermöglichen.

Die Verfassungsänderung geht zurück auf ein zunächst harmlos wirkendes Übereinkommen zwischen der Europäischen Union einerseits sowie Island und Norwegen andererseits, abgeschlossen auf Basis von Art. 24 und 38 EUV[16]. Das Übereinkommen bezweckt im Wesentlichen, die Anwendung der Regeln des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf Island und Norwegen zu erstrecken. Dementsprechend verpflichtet das Übereinkommen die Mitgliedstaaten, die Täter bestimmter, in Art. 3 Abs. 3 und 4 des Übereinkommens aufgezählter Straftaten einem anderen Vertragsstaat zur Strafverfolgung oder -vollstreckung zu übergeben, falls dieser einen entsprechenden Haftbefehl erlässt. In Bezug auf die in Art. 3 Abs. 4 bestimmten Straftaten gilt diese Pflicht ungeachtet der Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit. Ferner können die Vertragsstaaten gemäß Art. 3 Abs. 4 eine Erklärung abgeben, um die Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit für andere, in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallende Straftaten auszuschließen. Das Übereinkommen wurde von der EU abgeschlossen. Ungarn hat allerdings auch in diesem Falle eine in Art. 24 Abs. 5 EUV vorgesehene Erklärung abgegeben, um die Verbindlichkeit des Übereinkommens im Wege eines ordentlichen Ratifizierungsverfahrens nach ungarischem Recht anzuerkennen. Das so angenommene Zustimmungsgesetz[17] enthielt auch eine Erklärung über den Ausschluss der Anwendung der Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit gemäß Art. 3 Abs. 4 des Übereinkommens.

Das Übereinkommen warf Bedenken im Zusammenhang mit Art. 57 Abs. 4 der ungarischen Verfassung auf, der das Prinzip nullum crimen sine lege in Bezug auf das ungarische Recht normiert. Der Wortlaut der Verfassung lässt in diesem Sinne die Strafverfolgung und Bestrafung nur derjenigen Taten zu, die zur Tatzeit eine Straftat nach ungarischem Recht darstell(t)en[18]. Diese Garantie wird zudem in der ungarischen Verfassungsrechtsprechung weit ausgelegt und erstreckt sich

[16] Übereinkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Island und dem Königreich Norwegen über das Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und Island und Norwegen, ABl. Nr. L 292 vom 21.10.2006, S. 2-19.

[17] Gesetz zur Verkündung des Übereinkommens zwischen der Europäischen Union und der Republik Island und dem Königreich Norwegen über das Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und Island und Norwegen, verabschiedet vom Parlament am 11. Juni 2007.

[18] Art. 57 Abs. 4 der ungarischen Verfassung: „Niemand darf wegen einer Handlung schuldig gesprochen und mit Strafe belegt werden, die zur Tatzeit nach ungarischem Recht keine Straftat war."

nicht nur auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der Straftat, sondern auch auf andere Voraussetzungen der Strafverfolgung, beispielsweise die Regeln bezüglich der Verjährung[19]. Im Lichte des eindeutigen Wortlauts des Art. 57 Abs. 4 der Verfassung sowie dessen weiter Auslegung durch das Verfassungsgericht sah sich der Staatspräsident gezwungen, das Zustimmungsgesetz zu dem Übereinkommen dem Verfassungsgericht zur vorherigen Normenkontrolle vorzulegen[20]. Die Vorlage geht davon aus, dass der Akt der Übergabe an den Vertragsstaat einen Hoheitsakt darstellt, der auf Strafverfolgung gerichtet und zugleich eine unerlässliche Voraussetzung der Bestrafung im Vertragsstaat ist. Nach Auffassung des Staatspräsidenten fällt dieser Hoheitsakt unter Art. 57 Abs. 4 Verfassung.

Freilich kam der Vorlage in Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl eine gewisse Brisanz zu, zumal die Entscheidung des EuGH zum Rahmenbeschluss kurze Zeit davor ergangen war[21]. Zwar kann die Problematik des Europäischen Haftbefehls als Teil des verbindlichen Unionsrechts im Rahmen der Integrationsklausel der Verfassung, Art. 2/A, behandelt werden[22]. Jedoch warf der Fall weitere Fragen auf, als der Wortlaut des Vertrags von Lissabon bekannt wurde. Dieser Vertrag legt nämlich den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zugrunde[23]. Gerade dieser Grundsatz führt aber auch zur Beseitigung der Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit[24]. Wenn es also mit Art. 57 Abs. 4 der Verfassung unvereinbar ist, Personen an andere Staaten zum Zwecke der Strafverfolgung für Taten zu übergeben, die nach ungarischem Recht keine Straftat darstellen, dann ist es ebenso verfassungswidrig, gerichtliche Entscheidungen anzuerkennen und durchzusetzen, falls diese auf Strafrechtsvorschriften beruhen, die mit dem ungarischen Recht nicht übereinstimmen. Somit war es berechtigt,

---

[19] Beschluss des ung. VerfG Nr. 11/1992 (III.5.) AB, ABH 1992, 77 ff. Deutsche Übersetzung in Brunner/Sólyom, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 14), S. 333 ff.

[20]www.keh.hu/admin/data/00000003/_fix/00000000/_fix/00000002/_fix/00000004/_file/20070627ABinditvany_EU_norveg_izland_atadas_cimerrel.pdf.

[21] EuGH, Urt. v. 03.05.2007, Rs. C-303/05 – Advocaten voor de Wereld, EuGHE I 2007, 3633. Die Vorlage des ungarischen Staatspräsidenten ging beim Verfassungsgericht am 27. Juni 2007 ein.

[22] Für die Auslegung des Art. 2/A der ungarischen Verfassung s. *Sonnevend*, Staatlichkeit (Fn. 13), Rn. 22 ff.; *ders.*, The position of the Hungarian Constitution after the Accession to the European Union, in: A. Jakab/Takács/Tatham (Ed.), The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985-2005, Alphen an den Rijn 2007, S. 502 ff.

[23] Art. 69a Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, geändert durch Art. 2, 67) des Vertrags von Lissabon: Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und umfasst die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den in Abs. 2 und in Art. 69b genannten Bereichen.

[24] Dies wird auch durch den sechsten Erwägungsrund des Rahmenbeschlusses 2002/584 über den Europäischen Haftbefehl deutlich: „Der Europäische Haftbefehl im Sinne des vorliegenden Rahmenbeschlusses stellt im strafrechtlichen Bereich die erste konkrete Verwirklichung des vom Europäischen Rat als ‚Eckstein' der justiziellen Zusammenarbeit qualifizierten Prinzips der gegenseitigen Anerkennung dar."

anzunehmen, dass der Vertrag von Lissabon ernsthafte verfassungsrechtliche Bedenken aufwirft, und ihn daher zum Gegenstand einer vorherigen Normenkontrolle zu machen. Dies gilt umso mehr, als das Verfassungsgericht bis zum Zeitpunkt der Ratifizierung seine Entscheidung nicht gefällt hatte.

Um der damit einhergehenden Gefahr vorzubeugen, legte die Regierung dem Parlament einen Entwurf zur änderung des Art. 57 Abs. 4 der ungarischen Verfassung vor, der vom Parlament umgehend – am gleichen Tag wie das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon[25] – verabschiedet wurde. Gemäß dem neuen Wortlaut der nullum-crimen-Garantie, darf niemand „wegen einer Handlung schuldig gesprochen und mit Strafe belegt werden, die zur Tatzeit nach ungarischem Recht oder – zum Zwecke der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen auf der Grundlage von Rechtsakten der Europäischen Union, ohne die Einschränkung des Wesensgehaltes der Grundrechte – nach dem Recht eines anderen, an der Bildung des Raums der Freiheit, Sicherheit und des Rechts mitwirkenden Staates keine Straftat war. Diese änderung tritt gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in Kraft und wird es ermöglichen, dass gerichtliche Entscheidungen anderer EU-Mitgliedstaaten sowie der Mitgliedstaaten des EWR unter der Geltung der ungarischen Verfassung anerkannt werden, soweit ein Rechtsakt der EU die Anerkennung vorsieht. Bis zu diesem Zeitpunkt müssen die bestehenden Verpflichtungen aus dem EU-Recht – vor allem aus dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl – im Rahmen des Art. 2/A der Verfassung behandelt werden.

IV. Klare Vorgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die genannten Beispiele zeigen, wie wichtig die Rolle der politischen Akteure bei Grundrechtsfällen mit internationalem Bezug ist, sei es durch die Ausnutzung politischer Handlungsspielräume oder durch eine politische Grundentscheidung über eine Verfassungsänderung. Die anderen Staatsgewalten werden allerdings zu solchen Lösungen gezwungen, wenn die jeweiligen Verfassungsgerichte klare Leitlinien vorgeben und bereit sind, Konflikte einzugehen, wenn die Regierung oder der Gesetzgeber den jeweiligen Gestaltungsspielraum nicht vollständig ausgeschöpft haben. Im Folgenden werden zwei Beispiele hierfür aus der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts dargestellt.

Für die wegweisende Rolle der Verfassungsjudikatur im einschlägigen Bereich ist zunächst die Entscheidung Nr. 17/2004 des Verfassungsgerichts[26] ein eindeutiges Beispiel. Mit dieser Entscheidung erklärte das Verfassungsgericht ein Gesetz

[25] 17. Dezember 2007. Damit war Ungarn der erste Mitgliedstaat, der den Vetrag von Lissabon ratifizierte.

[26] Beschluss des ung. VerfG Nr. 17/2004 (V. 25.) AB, ABH 2004, S. 291. Für eine englische Übersetzung der Entscheidung s. www.mkab.hu/en/enpage3.htm.

für verfassungswidrig, das seinerseits zur Umsetzung europarechtlicher Verpflichtungen verabschiedet wurde[27], ohne allerdings den Vorrang des Gemeinschaftsrechts infrage zu stellen. Das Gericht überprüft in dieser Entscheidung Bestimmungen des Gesetzes, die ihrerseits nicht durch das Gemeinschaftsrecht determiniert waren. Vielmehr beansprucht das Gericht die Befugnis, die Ausübung des dem ungarischen Gesetzgeber aufgrund des Gemeinschaftsrechts zustehenden Gestaltungsspielraums zu überprüfen – sogar wenn hierdurch die Ziele der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen nicht erreicht werden konnten. Das ist ein eindeutiges Signal gegenüber den politischen Akteuren, das zum grundrechtskonformen Handeln auffordert, aber die Gegebenheiten des Europarechts letztendlich beachtet[28].

Das zweite hier zu behandelnde Beispiel ist die Entscheidung Nr. 32/2008 des ungarischen Verfassungsgerichts über die oben behandelte Vorlage des Staatspräsidenten zum Übereinkommen zwischen der EU sowie Island und Norwegen[29]. Die Entscheidung stellt die Verfassungswidrigkeit der gerügten Artikel des Übereinkommens fest. Sie macht klar, dass es hier letztendlich um einen völkerrechtlichen Vertrag Ungarns geht und nicht um die Umsetzung des geltenden Unionsrechts und insoweit Art. 2/A der Verfassung keine Relevanz besitzt[30]. Was die substanziellen Verfassungsfragen betrifft, bestätigt die Entscheidung die weite Auslegung des Art. 57 Abs. 4 der ungarischen Verfassung. Sie erkennt an, dass jeder ungarische Hoheitsakt gegen diese Garantie verstößt, der unter der Geltung der Verfassung auf die Strafverfolgung von Personen gerichtet ist, ohne dass die der Strafverfolgung zugrunde liegende Tat eine Straftat nach ungarischem Recht wäre[31]. Dementsprechend stellte das Gericht fest, dass der Ausschluss der Anwendung der Voraussetzung beiderseitiger Strafbarkeit mit Art. 57 Abs. 4 der ungarischen Verfassung unvereinbar ist[32]. Das Verfassungsgericht weist aber auch darauf hin, dass das Übereinkommen im Wesentlichen dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl entspricht, und zitiert ausführlich das Urteil des EuGH zu jenem Rahmenbeschluss. Ferner ruft das Verfassungsgericht

[27] Das Gesetz wurde zur Durchführung zweier Verordnungen der Kommission verabschiedet: Verordnung 1972/2003/EG der Kommission vom 10.11.2003, ABl. 2003 Nr. L 293, S. 3, geändert durch Verordnung 203/2004/EG der Kommission, ABl. 2004 Nr. L 34, S. 15, sowie durch Verordnung 735/2004/EG der Kommission, ABl. 2004 Nr. L 114, S. 13; Verordnung 60/2004/EG der Kommission vom 15.1.2004, ABl. 2004 Nr. L 9, S. 8. Die Verordnungen zielten darauf ab, durch bestimmte Übergangsmaßnahmen spekulative Geschäfte zu verhindern, welche die gemeinsame Organisation der Agrarmärkte aufgrund des Beitritts von zehn neuen Mitgliedstaaten zur EU beeinträchtigen könnten. Die Verordnungen sahen die Erhebung von abschreckenden Abgaben auf am 1.5.2004 bestehende Überschussbestände durch die neuen Mitgliedstaaten vor.

[28] S. im Einzelnen *Sonnevend*, Staatlichkeit (Fn. 13), Rn. 33 ff.

[29] Beschluss des ung. VerfG Nr. 32/2008 (III. 12.) AB, Magyar Közlöny 2008, S. 1954 ff.

[30] A.a.O., S. 1957.

[31] A.a.O., S. 1957.

[32] A.a.O., S. 1960.

in Erinnerung, dass die materiellen Rechtsvorschriften von Island und Norwegen dem Übereinkommen im Wesentlichen angepasst seien. In Ungarn gelte jedoch ein Tatbestand der in Art. 3 Abs. 4 des Übereinkommens aufgezählten Straftaten nicht. Dies sei ein weiterer Grund der Verfassungswidrigkeit33.

Die Entscheidung Nr. 32/2008 zeigt wiederum richterlichen Mut. Denn dem Verfassungsgericht ist offenbar klar, dass seine Entscheidung auch auf das geltende Unionsrecht, auf die Anwendung des Europäischen Haftbefehls, Wirkungen haben kann, bis die änderung des Art. 57 Abs. 4 der Verfassung in Kraft tritt. Deswegen ist das Gericht bemüht, den hiesigen Fall gegenüber dem Europäischen Haftbefehl abzugrenzen. Aber gerade dieses bestätigt die Entscheidung des Parlaments, Art. 57 Abs. 4 der Verfassung zu ändern, und macht alle Staatsgewalten darauf aufmerksam, dass sie die Geltung der Verfassungsgarantien in Fällen mit internationalem Bezug in ihrem jeweiligen Tätigkeitsbereich bewahren müssen.

[33] A.a.O., S. 1962.

Die Tendenzen des ungarischen Wirtschaftsverfassungsrechts – eine Kritik an der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts

Attila Vincze

Das Grundprinzip des ungarischen Wirtschaftsverfassungsrechts ist, jedenfalls aus der Perspektive der ständigen Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts betrachtet, die wirtschaftspolitische Neutralität. Mit einer gewissen Frivolität könnte man fragen, von welchem Verfassungsgericht das folgende Zitat stammt: „Die Verfassung ist wirtschaftspolitisch neutral." Auf diese Frage ließe sich ebenso gut antworten, es sei die Rede vom deutschen Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe, wie die Antwort, das Budapester Verfassungsgericht sei gemeint, passte.

Im Rahmen dieses Vortrages soll jedoch weniger der Ähnlichkeit der Rechtsprechung in Deutschland und Ungarn nachgegangen werden, als vielmehr der Problematik, aus welchen Gründen diese Ähnlichkeit besteht und ob es aus ungarischer Sicht geboten war, eben das deutsche Vorbild zu wählen, welches auf vielen Gebieten der Rechtsprechung große Hilfe geleistet hat.

I. Das deutsche Vorbild

Wie weitgehend bekannt ist, ermöglicht es die wirtschaftspolitische Neutralität des deutschen Grundgesetzes dem Gesetzgeber, – soweit grundgesetzeskonform – die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen. In diesem Sinne ist es irrelevant, ob ein Gesetz der gegenwärtigen Wirtschafts- und Sozialordnung ent- oder der sonstigen staatlichen Wirtschaftspolitik widerspricht, ob es marktkonform, wettbewerbsneutral oder zweckmäßig ist, ob es mit einer bestimmten der allgemeinen Wirtschaftspolitik zugrunde liegenden volkswirtschaftlichen Lehrmeinung in Einklang steht oder ob die im Gesetz zutage tretende wirtschaftspolitische Auffassung vom Richter gebilligt würde. Wirtschaftspolitische Neutralität bedeutet jedoch nicht, dass der Gesetzgeber das Grundgesetz und insbesondere die Grundrechte bei seinen wirtschaftspolitischen Entscheidungen nicht zu beachten hat[2].

Die wirtschaftspolitische Neutralität ist eine methodische[3], dem Bundesverfassungsgericht eine reduzierte Kontrolldichte einräumende und keine materielle in dem Sinne, dass jegliche Wirtschaftsordnung mit dem Grundgesetz vereinbar wäre. Dies wird auch durch die Tatsache untermauert, dass das Bundesverfassungsgericht in besonders krassen Konstellationen durchaus einzugreifen bereit ist. Dieser kontrollierende Eingriff bedarf jedoch eines Kontrollmaßstabes, der aus dem Kernbestand bzw. den Grundlinien der die Wirtschaftsordnung bestimmenden Ausssagen des Grundgesetzes folgt. Der Vorrang des Marktes und die marktgemäße Selbststeuerung sind also ohne eine gewisse „Verrechtlichung der Privatautonomie“ nicht denkbar[4], welche nicht nur das das grundsätzliche Modell enthaltende Leitbild, sondern auch die grundlegenden Verwirklichungsnormen umfasst[5]. *James M. Buchanan* formulierte diese Anforderung treffend: „[...] market pricing will function effectively only within a set of framework rules that must, themselves, be established or maintained collectively. At the level of constitutional choice, there is no escape from politicisation.”[6]

Das Leitbild des Grundgesetzes ist ein marktwirtschaftliches, dessen Grundlagen die im Grundgesetz statuierten Grundrechte weitgehend garantieren[7]: das

---

[2] BVerfGE 4, 7 (17 f.) – Investitionshilfe; 7, 377 (400) – Apotheken; 50, 290 (336. ff.) – Mitbestimmung.

[3] Vgl. *Alexander Schmitt Glaeser,* Vorverständnis als Methode, 2004, S. 120.

[4] Vgl. *Peter-Christian Müller-Graff,* Unternehmensinvestition und Investitionssteuerung, 1984, S. 289 f.; ferner *Theo Mayer-Maly*, Privatautonomie und Wirtschaftsverfassung, in: W. Weber (Hrsg.), FS Korinek, 1972, S. 151 ff.

[5] Zu diesen zwei Typen *Carl Friedrich Ophüls*, Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung, in: ZHR 124 (1962), 136 (145 f.).

[6] *James M Buchanan,* The minimal politics of market order, in: ders., Post-socialist political economy: selected essays, Cheltenham u.a. 1997, S. 203.

[7] *Peter Badura,* Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2005, Rn. 14; *Hans-Jürgen Papier,* Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung der Gegenwart, in: L. Osterloh (Hrsg.), FS Selmer, 2004, S. 459 (466). Zur Konstituierung einer Marktwirtschaft vgl. nur *Buchanan*, politics (Fn. 6), S.

Privateigentum, einschließlich des unternehmerischen sowie des Geldeigentums (Art. 14 und 88 S. 2 GG)[8], die Berufsfreiheit, die auch die Gewerbe- und Unternehmerfreiheit umfasst (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG), die Korporationsfreiheit, inbegriffen die Gründung von Korporationen wirtschaftlicher Art, also auch von Handelsgesellschaften (Art. 9 Abs. 1 GG), sowie die Vertragsfreiheit im Sinne von Abschluss- und Inhaltsbestimmungsfreiheit, soweit der Vertrag nicht wegen seines Inhaltes unter Art. 9 Abs. 1, 3, Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG fällt (Art. 2 Abs. 1 GG). Werbung als kommerzielle Meinungsäußerung fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)[9].

Diese Grundrechte sichern einen dezentralen Allokationsmechanismus, der auf der Koordinierungs- und Problemlösungsfähigkeit und den Entscheidungen der Wirtschaftsteilnehmer basiert[10]. Zur rechtlichen Festigung dieses marktwirtschaftlichen Systems bedurfte es der Konstituierung der Privatautonomie. Das Wirtschaftssystem, welches u.a. aus den Grundrechten des Grundgesetzes folgt, ist – wie aus mehreren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts abzulesen ist – eine als Selbstverständlichkeit aufgefasste, real existierende Marktwirtschaft: „Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien. Das Verhalten der Unternehmer in diesem Wettbewerb ist Bestandteil ihrer Berufsausübung, die, soweit sie sich in erlaubten Formen bewegt, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.“[11 Als] wesentliches, wenn nicht gar tragendes Argument führt das Bundesverfassungsgericht im Euro-Beschluss aus: „Allerdings ist der Geldwert in besonderer Weise gemeinschaftsbezogen und gemeinschaftsabhängig. Er bildet sich im Rahmen der staatlichen Währungshoheit und Finanzpolitik wesentlich auch durch das Verhalten der Grundrechtsberechtigten selbst, insbesondere über Preise, Löhne, Zinsen, wirtschaftliche

203; *Dieter Hart*, Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel Wirtschaftsverfassung, in: ZHR 140 (1976), S. 31 (32).

[8] Art. 88 GG gewinnt wegen der dortigen Festschreibung des Ziels der Sicherung der Preisstabilität Bedeutung, vgl. *Michael Rodi*, in: R. Dolzer/K. Vogel/K. Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 109 Rn. 218. Vgl. ferner zur Thematik Inflation und Geldeigentum statt vieler *Jospeh H. Kaiser*, Mark ist nicht gleich Mark, Der Schutz des Eigentums in der Inflation, in: E. Forsthoff/W. Weber (Hrsg.), FS E.R. Huber, 1973, S. 237 ff. Vgl. aber BVerfGE 97, 350 (371) – Euro, in der das Bundesverfassungsgericht darauf hinweist, dass der Geldwert von vielen vom Staat nicht immer vollständig kontrollierbaren Kräften abhänge und der Staat wegen dieser Abhängigkeiten den Geldwert nicht grundrechtlich garantieren könne. Der die Preisstabilität enthaltende zweite Satz des Art. 88 GG wurde mit dem 38. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992 (BGBl. I S. 2086) hinzugefügt. Zur Änderung des „Bundesbank-Artikels” vgl. *Thomas Weikart,* Die Änderung des Bundesbank-Artikels im Grundgesetz im Hinblick auf den Vertrag von Maastricht – Entstehen und Rechtswirkungen einer reformierten Norm, in: NVwZ 1993, S. 834 ff.

[9] Vgl. BVerfGE 30, 336 (352); 71, 162 (175); 102, 347 (359 f.); 107, 275 (280 f.).

[10] Statt vieler *Jürgen Bernhard Donges/Andreas Freytag*, Allgemeine Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. 2004, S. 301; ferner *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Wirtschaftsrecht, in: RabelsZ 54 (1990), S. 409 (411); aus der Rspr. vgl. BVerfGE 97, 350 (371).

11 BVerfGE 31, 311 (317).

Einschätzungen und Bewertungen."[12] Die Denkweise des Bundesverfassungsgerichts setzt voraus, dass Entscheidungen über knappe Ressourcen dezentral, individuell getroffen werden. Die wirtschaftspolitische Neutralität ist dementsprechend – wie bereits ausgeführt – eine methodische und keine materielle.

II. Die ungarische Nachahmung des deutschen Vorbildes

Die ungarische Verfassung deklariert in ihrer Präambel die Aufgabe der Realisierung der sozialen Marktwirtschaft. Laut § 9 Abs. 1 UV ist die Wirtschaft Ungarns eine Marktwirtschaft, in der das Gemeineigentum und das Privateigentum gleichberechtigt sind und den gleichen Schutz genießen. Das wirtschaftspolitische Programm der Verfassung von 1989 war klar: Abbau der zentralisierten Planwirtschaft und Aufbau einer dezentralisierten Marktwirtschaft. In dieser Hinsicht war die marktwirtschaftliche Zielrichtung der Verfassung unverkennbar, aber weder der genaue Weg zur Marktwirtschaft noch die Rolle des Staates in der aufzubauenden, neuen Wirtschaftsordnung waren eindeutig[13]. Unter diesen Umständen war zu erwarten, dass die verschiedenen Auffassungen die „wirkliche Bedeutung" der Wirtschaftsverfassung Ungarns[14] betreffend einer autoritativen Entscheidung des Verfassungsgerichts bedürfen würden.

Das ungarische Verfassungsgericht nahm eine der deutschen Rechtsprechung ähnliche Stellung ein und stellte fest, dass die Deklaration der sozialen Marktwirtschaft in der Präambel nur ein Staatsziel und die verfassungsrechtliche Festschreibung der Marktwirtschaft in § 9 Abs. 1 UV nicht als eine Garantie der sozialen Marktwirtschaft, sondern der „bloßen" Marktwirtschaft anzusehen sei[15]. Die Verfassung sei – von der Festlegung auf die Marktwirtschaft abgesehen – wirtschaftspolitisch neutral. Aus ihr folge weder ein Verbot der staatlichen Intervention noch deren Grenze. Auch enthalte sie keine Angaben über die Dimensionen des staatlichen Eigentums. Der Gesetzgeber habe laut § 10 Abs. 2 UV den Verfassungsauftrag, den Rahmen des ausschließlichen staatlichen Eigentums sowie der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates gesetzlich festzulegen. Dementsprechend habe der Gesetzgeber bei der Regelung der nationalen Wirtschaftspolitik einen sehr

[12] BVerfGE 97, 350 (373).

[13] Ein „Know-how" der Transformation der Wirtschaft im sog. „Ost-Block" – also wie man die Marktwirtschaft aus- und die Befehlswirtschaft abbaut – war in den Marktwirtschaftsländern ebenso wie in den Zentralverwaltungswirtschaftsländern nicht vorhanden. Zur Wirtschaftspolitik der Transformation in Ungarn vgl. *Pongrác Nagy*, A rendszerváltás gazdaságpolitikája, Budapest 2006; zum Aspekt der Privatisierung *Georg Brunner,* Privatisierungsmodelle in Osteuropa, in: R. Wendt (Hrsg.), FS Friauf, 1996, S. 591 ff.

[14] Zur Wirtschaftsverfassung *János Sári*, in: Z. Balogh/A. Holló/I. Kukorelli/J. Sári (Hrsg.), Az Alkotmány magyarázata (Kommentar zur ungarischen Verfassung), Budapest, 2002, S. 234 ff.

[15] Die Vertragsfreiheit wird jedoch als konstituierendes Element der Marktwirtschaft anerkannt und fällt damit unter § 9 Abs. 1 UV; vgl. Beschluss des ung. VerfG Nr. 13/1990 (VI. 18.).

breiten Spielraum, den das Verfassungsgericht nur ausnahmsweise und sehr begrenzt überprüfen könne[16]. Die verfassungsrechtliche Statuierung der Marktwirtschaft bedeute keine verfassungsrechtliche Entscheidung für ein bestimmtes Modell der Marktwirtschaft. Dementsprechend könne die verfassungsgerichtliche Kontrolle nur solche Umstände erfassen, die keinesfalls mit einer Marktwirtschaft zu vereinbaren sind – wie die Einführung einer Zentralverwaltungswirtschaft oder die systematische und umfangreiche Verstaatlichung[17].

Die ungarische Verfassung enthält – dem deutschen Grundgesetz ähnlich – zahlreiche, das Wirtschaftsleben prägende und ein Wirtschaftssystem konstituierende bzw. beschreibende Grundrechte: die Garantie des Privateigentums (§ 13 UV), das Erbschaftsrecht (§ 14 UV), die Gleichstellung des privaten und des staatlichen Eigentums (§ 9 Abs. 1 UV), das Recht auf unternehmerische Betätigung und die Freiheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs (§ 9 Abs. 2 UV)[18], die Vertragsfreiheit (§ 9 Abs. 1 UV)[19], die Freiheit der Genossenschaften (§ 12 UV), die Berufsfreiheit (§ 70/B UV), das Recht der freien Bildung von Korporationen zum Schutz der wirtschaftlichen und sozialen Interessen (§ 70/C UV). Diese Grundrechte konstituieren – auch wenn nicht vollkommen und alle Aspekte umfassend – eine Marktwirtschaft, auch wenn aus ihnen keine bestimmte Form der Marktwirtschaft in dem Sinne abzuleiten ist, dass sie im materiellen Sinne auf alle möglichen Fragestellungen des Wirtschaftsrechts eine eindeutige Antwort geben. Die aus den Wirtschaftsgrundrechten folgende implizite Garantie der Marktwirtschaft ist aber wenig aussagekräftig bezüglich des verfassungsrechtlich verbotenen oder gebotenen Maßes der staatlichen Interventionen. Primärer Maßstab der marktwirtschaftlichen Ordnung sind die einzelnen Grundrechte als subjektive Rechte bzw. ihre objektivierte Seite, ihr Wesensgehalt, nicht aber die eine oder andere Auffassung über die Marktwirtschaft[20].

III. Eine kritische Würdigung des ungarischen Modells

Die offensichtliche und kritiklose Übernahme der deutschen Rechtsprechung ist in vielerlei Hinsicht zumindest fragwürdig.

[16] Ständige Rspr. vgl. Beschlüsse des ung. VerfG Nr. 33/1993 (V. 28.); 21/1994 (IV. 16.); 35/1994 (VI. 24.); 48/1994 (X. 26.); 3/1995 (II. 17.); 12/1995 (II. 22.); 38/1997 (VII. 1.); 45/1997 (IX. 19.); 2/2003 (II. 7.); 19/2004 (V. 26.). Zur wirtschaftspolitischen Neutralität auf dem Gebiete der Steuern vgl. Beschlüsse des ung. VerfG Nr. 137/B/1991; 182/B/1992; 54/1993 (X. 13.); 9/1994 (II. 25.); 59/1995 (X. 6.); 25/1997 (IV. 25.); 30/1997 (IV. 29.); 17/2005 (IV. 28.); 25/2005 (VI. 24.); 26/2005 (VI. 24.).

[17] Beschluss des ung. VerfG Nr. 21/1994 (IV. 16.).

[18] Beschluss des ung. VerfG Nr. 54/1993 (X. 13.).

[19] Beschluss des ung. VerfG Nr. 13/1990 (VI. 18.); dazu zusammenfassend, *Sári*, in: Az Alkotmány magyarázata (Fn. 14), S. 250 ff.

[20] Beschluss des ung. VerfG Nr. 19/2004 (V. 26.).

Was das methodische Vorgehen betrifft, ist bemerkenswert, dass das ungarische Verfassungsgericht nie erklärt hat, wie die wirtschaftspolitische Neutralität im Lichte der marktwirtschaftlichen Programmatik der Verfassung zu verstehen ist. Dies ist vor dem Hintergrund der sich zur Marktwirtschaft „bekennenden" Präambel besonders auffallend. „Die Präambel sei der Schlüssel zum Verständnis des Grundgesetzes, denn von ihr erhalte es seine eigentliche politische und juristische Qualifikation."[21] Die Schlüsselrolle und normative Kraft der Präambeln von Gesetzen hat das Verfassungsgericht in anderen Fällen – zumindest konkludent – anerkannt, da es mehrmals die Präambeln einfacher Gesetze für nichtig erklärt hat. Wenn Präambeln von (einfachen) Gesetzen solch eine wichtige Rolle zukommt, kann deren Bedeutung im Falle des Verfassungsgesetzes kaum bestritten werden, was zu einem kaum aufzulösenden Konflikt mit der Argumentation des Verfassungsgerichts führt.

Die Essenz bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung hat das ungarische Verfassungsgericht mit dem inzwischen berühmt gewordenen Diktum zurückgewiesen: „Niemand hat ein Recht auf die Marktwirtschaft".[22] Hinter dieser Aussage steckt die Erkenntnis, dass dem Bekenntnis der Verfassung zur Marktwirtschaft keine grundrechtliche, subjektivierbare Wirkung zukommt. Insoweit ist es lediglich als eine Staatzielbestimmung aufzufassen. Diese kann zwar mit zahlreichen einzelnen Grundrechten verknüpft sein. Als Maßstab der Verfassungsmäßigkeit dienen können aber nur die Grundrechte – und keineswegs ihr unter einem bestimmten Gesichtspunkt zusammengefügter objektiver Wertgehalt. Diese Schlussfolgerung ist im Falle des ziemlich abstrakten Begriffs der Marktwirtschaft noch nachzuvollziehen, auch wenn sie einer „Degradierung" der normativen Kraft der Verfassung gleichkommt. Im Falle des in § 9 Abs. 2 UV verankerten Wettbewerbsprinzips, eines der konstituierenden Prinzipien der (ordoliberalen) Marktwirtschaft, ist dies jedoch weniger einfach zu verstehen[23]. Nach Auffassung des Verfassungsgerichts enthält das Wettbewerbsprinzip kein subjektives Recht, auf das die Einzelnen sich berufen könnten. Es bestehe lediglich eine staatliche Verpflichtung, die Institutionen des Wettbewerbs zu sichern. Der Schutz des Wettbewerbs werde auch durch die einzelnen Grundrechte verwirklicht. Das Wettbewerbsprinzip als solches sei aber nur ein Staatsziel[24]. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Verfassung nicht bloß den Wettbewerb erwähnt, sondern ihn eng mit dem Recht auf freie unternehmerische Betätigung verbindet: „Die Republik Ungarn anerkennt und unterstützt das Recht auf unternehmerische Betätigung sowie die Freiheit des Wettbewerbes." Meines Erachtens bedeutet

[21] So *Carlo Schmid*, Erinnerungen, 1979, S. 367.

[22] Beschluss des ung. VerFG Nr 1524/B/1992, ABH 1995, 651 (655).

[23] *Walter Eucken,* Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Aufl. 2004, insb. S. 254 ff.

[24] Ständige Rspr. vgl. Beschlüsse des ung. VerFG Nr. 11/1991 (II. 23.), ABH 1991, 401 (402); 21/1994, (II. 16.), ABH 1994, 117 (120); zusammenfassend *Sári*, in: Az Alkotmány magyarázata (Fn. 14), S. 245 f.

diese normative Verknüpfung, dass die Verfassung selbst die objektivrechtliche Seite des Rechts auf freie unternehmerische Betätigung vorschreibt. Dementsprechend entspräche es dem in der Präambel normierten Geist und dem Wortlaut der Verfassung besser, wenn die Wettbewerbsfreiheit ihren normativen Rang – als aus dem Grundrecht auf freie unternehmerische Betätigung folgende objektivrechtliche staatliche Verpflichtung – zurückerhielte. Abgesehen von ihrem dogmatischen Wert kommen dieser Aussage auch praktische Folgen zu: Solange der Wettbewerb als bloßes Staatsziel fungiert, unterfallen alle Garantien der wirtschaftlichen Konkurrenz und des Wettbewerbs (z.B. Verfahrensgarantien und – nach ungarischem Recht allerdings nicht mögliche – Konkurrentenklagen) dem Gestaltungsbereich des einfachen und nicht des Verfassungsgesetzgebers.

Interessant sind die Ausführungen des ungarischen Verfassungsgerichts auch insoweit, als in ihnen die mangelnde Handhabung des Marktwirtschafts- und Wettbewerbsprinzips als verfassungsgerichtlicher Maßstab durch die Selbstverständlichkeit der dezentralen Funktionsmechanismen einer real existierenden Marktwirtschaft ergänzt wird[25].

Nach Auffassung des ungarischen Verfassungsgerichts konstituieren die Grundrechte der §§ 9-13, 54, 70/A und 70/C UV die ungarische Wirtschaftsverfassung – § 9 UV statuiert die Gleichberechtigung des privaten und des öffentlichen Eigentums und garantiert das Recht auf freie unternehmerische Betätigung sowie den Wettbewerb, § 10-11 UV beschäftigen sich mit dem staatlichen Eigentum, § 12 UV erkennt die Genossenschaften an, § 13 UV normiert das Recht auf Eigentum, § 54 UV statuiert die Menschenwürde, aus der die allgemeine Handlungsfreiheit und aus dieser wiederum – mangels einer dem Art. 2 Abs. 1 GG entsprechenden Vorschrift der ungarischen Verfassung – die Vertragsfreiheit abgeleitet wird, § 70/A UV enthält den Gleichbehandlungsgrundsatz, § 70/C UV normiert die Freiheit der Gewerkschaften. Die genannten Rechte sind in ihrem Kern auch im deutschen Grundgesetz zu finden. In dieser Aufzählung fehlen jedoch einerseits Grundrechte, die allein in der ungarischen Verfassung – nicht jedoch im deutschen Grundgesetz – normiert sind, und andererseits solche Grundrechte, die das deutsche Bundesverfassungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung als Bestandteile der Wirtschaftsverfassung anerkennt.

Als Beispiele der Grundrechte, die nur in der ungarischen Verfassung zu finden sind, sind die sozialen Grundrechte, die speziellen Grundrechte der Jugend (§ 16 UV) sowie die Rechte auf eine gesunde Umwelt und auf Arbeit (§ 70/B UV) zu nennen. Sie erfordern eine verfeinerte Stellungnahme und stehen einer bloßen Übernahme der deutschen Rechtsprechung entgegen. Insoweit ist an spezielle Begründungslasten, Über- und Untermaßverbote usw. zu denken. Die Nichtberücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

[25] Sehr lehrreich ist der Mindestreserven-Beschluss des ung. VerfG Nr. 1044/B/1994.

zeigt sich in der Vernachlässigung der Werbung als kommerzielle Meinungsäußerung, die in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) fällt[26].

Das verfassungsgerichtliche Dilemma, nach dem das Maß erlaubter staatlicher Interventionen aus der Verfassung nicht exakt abzuleiten ist, beruht vor allem auf einer Verweigerungshaltung der Rechtsprechung – unterstützt durch eine gewisse „gerichtliche Poesie". Das Verfassungsgericht hat nämlich nicht die Aufgabe, die Dilemmata des Liberalismus zu lösen, sondern es hat als Rechtsprechungsorgan zu fungieren und im konkreten Fall der ungarischen Verfassung das ge- bzw. verbotene Maß staatlicher Interventionen zu beurteilen. Es kann insoweit auch nicht als Argument gelten, dass das exakte Maß aus der Verfassung nicht herauszulesen ist: Auch das Über- und Untermaßverbot operiert nicht mit einem exakten Maß, sondern mit der Vermeidung der Maßlosigkeit. Wenn die wirtschaftspolitische Neutralität wirklich – wie das ungarische Verfassungsgericht sie zu verstehen scheint – eine materielle wäre, wäre jede Aussage darüber, was dem Ausbau der Markwirtschaft dient, ebenso falsch, wie alle Aussagen darüber, was ihren Ausbau hindert. Das Verfassungsgericht sah sich demgegenüber in seinem Mindestreserve-Beschluss jedoch nicht gehindert, sich ein positives Urteil darüber zu bilden, was „im höchsten Maße zum Ausbau der Marktwirtschaft beiträgt". Dieser Satz stellt im Hinblick auf die versteinerte Rechtsprechung eine contradictio in adiecto dar und unterstreicht die These, dass es sich bei der Weigerung des Verfassungsgerichts, sich zum zulässigen Maß staatlicher Interventionen zu äußern, um eine verfassungsgerichtliche Selbstbeschränkung handelt, die ebenso eine Selbstermächtigung darstellt wie ein Aktivismus[27]. „Denn die Verfassung enthält keinen wirtschaftspolitischen Vorbehalt zugunsten des Gesetzgebers, der das Bundesverfassungsgericht daran hindern würde oder es dem Gericht erlauben würde, die wirtschaftspolitische Gesetzgebung als solche in irgendwie gemindertem Maße anhand der verfassungsrechtlichen Erfordernisse zu überprüfen."[28] Die „Privilegierung" der wirtschaftspolitischen Staatsleitung schont zwar die politische Gestaltungskompetenz[29], es ist aber auch zu bedenken, dass die Verfassung oft nicht derogierbare Leitlinien des politischen Ermessens vorschreibt.

Wenn man auch diesen Kontext einbezieht, sind die Aussagen des ungarischen Verfassungsgerichts noch weniger verständlich. Die real existierende Marktwirtschaft als Selbstverständlichkeit anzusehen und dem verfassungsrichterlichen Vorverständnis zugrunde zu legen, kann man im Falle der Bundesrepublik Deutschland – insbesondere im Hinblick auf den durch die Besatzungsmächte

---

[26] Vgl.BVerfGE 30, 336 (352); 71, 162 (175); 102, 347 (359 f.); 107, 275 (280 f.).

[27] Vgl. *Andreas Voßkuhle*, in: H. v.Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd III, 5. Aufl. 2006, Art. 93 Rn. 36; *Dietrich Murswiek,* Der Umfang der verfassungsrechtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit – Zum „Grundsatz des judicial self-restraint", in: DÖV 1982, S. 529 ff.

[28] So zutreffend *Peter Badura*, Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: P. Oberndorfer (Hrsg.), FS Fröhler, 1980, S. 321 (340).

[29] Vgl. *Badura*, Prüfungsrecht (Fn. 28), S. 322 f.

verwalteten wirtschaftlichen Umbau und die lange marktwirtschaftliche Tradition Deutschlands – noch verstehen. Dies gilt jedoch nach den vierzig Jahren des Sozialismus, Kommunismus oder Staatskapitalismus weniger für Ungarn. Hier gab es keine durch einen Dritten verwaltete Wende und keine „Entkommunistifizierung" der alten einflussreichen Garde, die ihr Verbindungskapital, Wissen sowie ihre Ressourcen ausnutzen konnte, um auch in der Marktwirtschaft eine gute Position zu erwerben.

Dass die Markwirtschaft in der ungarischen Verfassung Tatsache (sic!) und Programm sei, wie das Verfassungsgericht meint[30], ist lediglich wishful thinking, eine Poesie, eine Dichtung, aber keine Wahrheit: Wer könnte z.B. mit der Entstehung echter Gewerkschaften nach 40 Jahren Scheinexistenz rechnen und aufgrund dieses erhofften, geglaubten – oder auch nur geträumten – Umstands die wirtschaftspolitische Neutralität der ungarischen Verfassung feststellen?

Aus der falschen Hypothese folgt eine weit herabgesetzte Kontrolldichte, die sogar kaum das Maß einer Evidenzkontrolle erreicht. Die Wirtschaftspolitik dient in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Ungarns lediglich als Entschuldigungsgrund dafür, dass das Verfassungsgericht praktisch jegliche Machenschaft dulden kann. Dieses Verhalten ist gerade im Lichte der Rechtsprechung auf anderen Gebieten sehr fragwürdig, da dort eine solche Zurückhaltung nicht als charakteristische Eigenschaft des Verfassungsgerichts angesehen wird.

Die Kritik zusammenfassend ist festzustellen, dass die ungarische verfassungsgerichtliche Rechtsprechung lediglich die deutsche nachahmt. Dies tut sie jedoch fehlerhaft und ohne Berücksichtigung der neueren bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Problematisch ist ferner, dass weder der Text der Verfassung noch ihr Kontext dies verlangen oder legitimieren. Die ungarische verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist durch Konzeptionslosigkeit, eine systematische Herabsetzung der Kontrolldichte und die Ablehnung vieler gebotener bzw. möglicher subjektivrechtlicher Schutzwirkungen der Verfassung gekennzeichnet. Die Verfassung bietet – in ihrem Wortlaut, nach ihrem Telos und in den systematischen Zusammenhängen – wesentlich mehr an, als das, wovon das ungarische Verfassungsgericht Gebrauch macht. Dieses hat zwar die deutsche Rechtswissenschaft mehr oder weniger gut kennengelernt, aber mangels einer dem Grundgesetz sehr ähnlichen Verfassung hilft dieses Wissen nicht allzu viel. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hinterlässt daher eher mehr Fragen als Antworten.

---

[30] Beschluss des ung. VerfG Nr. 21/1994 (II. 16.); *Sári*, in: Az Alkotmány magyarázata (Fn. 14), S. 240 f.

Französische und deutsche Einflüsse auf das europäische Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht

Volkmar Götz

I. Die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“

Wenn wir hinter die Fassade der Europäisierung blicken, so werden wir die Muster bestimmter nationaler Rechtsordnungen wiedererkennen. Das trifft insbesondere auf das Verwaltungsrecht und das Verwaltungsprozessrecht zu. Im Europarecht sind diese Materien in einzigartiger Weise vom französischen Recht geprägt. In der zur Verfügung stehenden Zeit werde ich mich daher auf das französische Recht und einen wichtigen Ausschnitt daraus, den französischen Verwaltungsprozess (*contentieux administratif*) als Vorbild des europäischen Verwaltungsprozesses, konzentrieren.

Aber ich will einen unumstrittenen deutschen Beitrag zum europäischen Verwaltungsrecht wenigstens erwähnen. In die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) anerkannten Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, welche ein Ensemble rechtsstaatlicher Grundsätze darstellen, hat Deutschland das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Prinzip des Vertrauensschutzes eingebracht. Besonders bei letzterem, dem Vertrauensschutz, ist die deutsche Herkunft und Prägung

anerkannt. Als ich 1998 für den 15. Weltkongress für Rechtsvergleichung in Bristol den deutschen Landesbericht über „Protection of Legitimate Expectations" übernahm, war Generalberichterstatter der Elsässer Jurist *Jean-Marie Woehrling*, ein hervorragender Kenner des französischen und des deutschen Verwaltungsrechts. Seinen Generalbericht leitete er mit der Feststellung ein: „Das Prinzip des Vertrauensschutzes hat seinen Ursprung im deutschen Recht." Nachdem dieses Prinzip nun seinen Platz in den allgemeinen Grundsätzen des europäischen Gemeinschaftsrechts gefunden hat[1], stoßen wir auch gleich auf das französische Grundmuster des europäischen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts. Denn die Kategorie der „allgemeinen Rechtsgrundsätze" als einer Rechtsquelle höchstrichterlicher Provenienz stammt als solche aus Frankreich (*„les principes généraux de droit"*). Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat hat sie seit 1945 mit Inhalt ausgefüllt[2]. Der EuGH hat dieses Vorbild einfach übernommen. Allerdings fehlen im traditionellen Kanon der allgemeinen Rechtsgrundsätze in Frankreich das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Prinzip des Vertrauensschutzes. Die Rechtswissenschaft hat sie inzwischen adoptiert. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (*principe de proportionnalité*) erscheint seit den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts in den Standardwerken des französischen Verwaltungsrechts[3]. Das Prinzip des Vertrauensschutzes wird in Frankreich in die als Rechtsgrundsatz anerkannte Rechtssicherheit (*sécurité juridique*) eingeordnet. Aber der Conseil d'Etat hat in einem Fall aus dem Elsass[4], in dem sich ein Unternehmer auf Vertrauensschutz (*confiance légitime*) berief, den Klagegrund als unbeachtlich (*inopérant*) abgelehnt: Dieses Prinzip gelte zwar als ein solches des europäischen Rechts und müsse daher angewendet werden, wenn es sich um die nationale Durchführung von Europarecht handele. Außerhalb davon aber sei es kein Prinzip der französischen Rechtsordnung.

II. Die Struktur des Verwaltungsrechtsschutzes

Damit sind wir in Frankreich angekommen und wenden uns einem Gebiet des Europarechts zu, das so vollständig dem französischen Vorbild gleicht, dass man fast von einer Kopie sprechen könnte. Es ist dies das europäische Verwaltungsprozessrecht mit dem Sitz in Art. 230 EG-Vertrag (EGV) und den Verfahrensordnungen für das Gericht der 1. Instanz (EuG) und den EuGH. Vorbild und Modell ist der französische Verwaltungsprozess (*contentieux administratif*), dessen

1 Kyrill-A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 376 ff.; Jürgen Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 913 ff.; Takis Tridimas, The General Principles of EC Law, 1999, S. 169 ff.

2 René Chapus, Droit administratif général, tome 1, 15e éd., 2001, Rn. 122 ff., S. 95 ff.

3 Vgl. Oliver Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 64 m.w.N.

4 CE, 9 mai 2001, Freymuth, No. 210944.

Geschichte und Tradition auf die Französische Revolution, das Jahr 1790, zurückgehen[5].

Um die europäische Konzeption des Verwaltungsprozesses nach Art. 230 EGV zu erfassen, muss man ihr Vorbild, die französische Konzeption, verstehen. Für diese ist die aus der Zeit der französischen Revolution herrührende Grundthese maßgeblich, dass richterliche Kontrolle der Legalität des Verwaltungshandelns die Eigenständigkeit der Verwaltung respektieren muss. Das dafür herausgehobene Leitmotiv heißt Gewaltenteilung. Unter dem Vorzeichen der Gewaltenteilung wurde den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit die Kontrolle der Verwaltung vorenthalten. Dagegen wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit akzeptiert, weil sie selbst aus der Verwaltung hervorgegangen ist.

Die Gewaltenteilungsdoktrin stärkt bis heute die Position der Verwaltung im Verfahren der Legalitätskontrolle. Das findet seinen Niederschlag in der Struktur des Rechtsschutzes.

1. Verpflichtungsklage

Bis auf die Revolutionsgesetze wird in Frankreich das Verbot zurückgeführt, der Verwaltung richterliche Anweisungen zu erteilen. Auf die europäische Ebene wurde diese Konzeption übertragen. Sie kennt ebenso wenig eine Verpflichtungsklage zur Vornahme einer Amtshandlung wie das französische Recht. Leistungsklagen gegen die öffentliche Verwaltung lässt das französische Recht nur für Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen und aus Amtshaftung zu. Diese Klagen im *contentieux de pleine juridiction* sind auf Schadensersatz gerichtet. Auch hier wiederum übernimmt das europäische Recht das französische Modell.

Das Fehlen der Verpflichtungsklage im französischen wie im europäischen Recht fordert einige vergleichende Kommentare heraus. Im deutschen Verwaltungsprozessrecht wurde die Verpflichtungsklage nach dem Zweiten Weltkrieg eingeführt. Sie gehört neben der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für alle öffentlichrechtlichen Streitigkeiten und neben der Durchsetzung der vollen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung der Anwendung sog. unbestimmter Rechtsbegriffe zu den Fortschritten und prägenden Merkmalen der 1946 wieder erstandenen deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Verpflichtungsklage hat eine Schlüsselrolle für die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts gespielt[6]. Viele Neuerungen des deutschen Verwaltungsrechts verdanken ihre Entstehung oder doch jedenfalls ihre aktuelle Bedeutung der Praxis der Verpflichtungsklage, wie zum Beispiel das subjektive Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, die „Ermessensschrumpfung auf Null“ als Anwendungsfall einer Begrenzung des Ermessens der Verwaltung, der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten oder der

5 René Chapus, Droit du contentieux administratif, 12e éd., 2006, Rn. 30 ff., S. 43 ff.; Johannes Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 24 ff.

6 Grundlegend: Joon-Hyung Hong, Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung, 1992.

Anspruch auf Auskunft über gespeicherte Daten. Sogar ganze Rechtsgebiete wie das Schulrecht haben erst durch die Verpflichtungsklage Substanz erhalten, weil diese eine Handhabe gibt, die Verwaltung auch dann zu kontrollieren, wenn sie als leistende Verwaltung tätig wird und dabei mit den Grundrechten der Bürger in Konflikt geraten kann, ohne das Instrument eines „Eingriffs" einzusetzen. Blicken wir nun auf Frankreich, so ist Überraschendes festzustellen. 1995 wurde, in Bruch mit der Tradition und der Gewaltenteilungsdoktrin, das Verbot der richterlichen Anweisungen (*injonctions*) durch ein Reformgesetz[7] aufgegeben. Das Verwaltungsgericht kann in einem Parallelverfahren zum *recours pour excès de pouvoir* – der Aufhebungsklage – der Verwaltung durch *injonction* etwa den Inhalt einer zu erteilenden Genehmigung oder die Versetzung eines Schülers in die nächste Schulklasse aufgeben. In Frankreich hat man diesen Wandel als „kulturelle Revolution" und „Bruch mit einem Tabu" kommentiert[8], in Deutschland als Annäherung an das deutsche System[9]. Der Hintergrund ist der in den letzten Jahrzehnten eingetretene Wandel der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die 1953 und 1987 von einem einstufigen zu einem dreistufigen Gerichtsaufbau umgewandelt wurde und deren Inanspruchnahme durch die Bürger sich explosionsartig vervielfacht hat. An der europäischen Gerichtsbarkeit ist dieser Wandel indessen spurlos vorübergegangen. Sie konserviert den Import des französischen Modells auf dem Stande von 1958, dem In-Kraft-Treten des EWG-Vertrages, und nimmt nicht an den Fortschritten teil, die jenes Modell inzwischen aufzuweisen hat.

Art. 233 EGV versteinert sogar eine alte Technik[10] der französischen Verwaltungsrichter, mittels derer diese das Verbot, die Verwaltung zum Tätigwerden zu verpflichten, abzuschwächen suchten. Es werden in Frankreich nämlich wenigstens in den Gründen (*considérants*) kassatorischer Entscheidungen der Gerichte Ausführungen zu den Handlungspflichten der Verwaltung gemacht.

2. Vorläufiger Rechtsschutz

Klagen gegen Verwaltungsakte haben in Frankreich wie in Europa, anders als in Deutschland, keine aufschiebende Wirkung. Es gilt der *effet non-suspensif des recours* bzw. der *caractère exécutoire* der Verwaltungsentscheidung. Dies wird als fundamentale Regel des französischen öffentlichen Rechts betrachtet. Es soll vermieden werden, dass missbräuchlicher Rechtsmittelgebrauch die Verwaltung lahmlegt[11]. Vorläufiger Rechtsschutz bedarf der richterlichen Gewährung. Er wird in Frank-

7 Loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

8 Nachweise bei Koch, Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 5), S. 191.

9 Georg Gebhardt, Rechtsschutz durch und gegen die Verwaltung in Frankreich, in: VBlBW 2007, S. 1 (6).

10 Vgl. Chapus, Contentieux administratif (Fn. 5), Rn. 1106, S. 963 („le juge use de techniques douces").

11 Gebhardt, Rechtsschutz (Fn. 9), S. 2.

reich wie in Europa nur restriktiv gewährt. Frankreich hat jedoch den einstweiligen Rechtsschutz im Hinblick auf das Europarecht erweitert[12]. Der deutsche „automatische" einstweilige Rechtsschutz (Suspensiveffekt einer Klage) hat in Europa mitunter aus begreiflichen Gründen schlechte Karten. Wenn deutsche Behörden europäisches Recht mit belastenden Verwaltungsakten durchsetzen, zum Beispiel im Agrarmarkt oder bei der Rückforderung von Beihilfen, so sind sie aus Brüsseler und Luxemburger Sicht verpflichtet, die sofortige Vollziehung anzuordnen. Sie dürfen, mit anderen Worten, dem Adressaten nicht den Vorteil des Suspensiveffekts seiner Klage belassen.

3. Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe

In Deutschland wird eine hohe verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte (man könnte auch Kontrollintensität sagen) dadurch erzielt, dass komplexe Begriffe, die in den Rechtsnormen verwendet werden, als „unbestimmte Rechtsbegriffe" angesehen werden. Deren Anwendung wird nicht als Frage des Verwaltungsermessens betrachtet. Mit der Konzeption des „unbestimmten Rechtsbegriffs" verbindet sich die Konsequenz, dass im Prozess der Verwaltungsrichter im vollen Umfang über die Auslegung dieser komplexen Begriffe und über ihre Anwendung auf den einzelnen Fall entscheidet. Das sieht man in Frankreich und in Europa und wohl auch sonst überall anders. In dem Fall *Upjohn* fragte ein englisches Gericht den EuGH[13], welche Kontrolldichte es im Arzneimittelrecht anzuwenden habe. Ein Pharmaunternehmen klagte gegen den Widerruf der Arzneimittelzulassung. Die maßgebliche Norm war die umgesetzte Arzneimittelrichtlinie der EG. Sie stellte auf den Maßstab der Unbedenklichkeit (Unschädlichkeit, Wirksamkeit) des Arzneimittels ab, und das englische Gericht fragte, ob es darüber selbst durch eigene Würdigung der herangezogenen Beweise entscheiden *müsse*. Die Antwort des EuGH war sehr klar: Nein, das muss das Gericht nicht. Der EuGH führt aus, dass es ausreicht, wenn die nationalen Gerichte dieselben Kontrollstandards anwenden, die der EuGH selbst im Falle einer Nichtigkeitsklage gegen Entscheidungen der Kommission anwendet. Das bedeutet, etwas vereinfachend gesagt, dass alles, was die Anwendung jenes Begriffs betrifft, eine Ermessensfrage ist und dass der Kontrollmaßstab nur die Frage nach offensichtlichen Ermessensfehlern ist.

Der *pouvoir d'appréciation* (Beurteilungsspielraum) wird im Übrigen noch dadurch gestärkt, dass die komplexen Bewertungen, die die Kommission trifft, nach feststehender Rechtsprechung nur anhand der Informationen überprüft werden, über die die Kommission im Zeitpunkt ihrer Entscheidung verfügte[14]. Dies begrenzt den Angriff von Klägern, die mittels der von ihnen herangezogenen Dokumente eine Beurteilung der Kommission in Zweifel zu ziehen versuchen.

12 Koch, Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 5), S. 189.

13 EuGH, Urteil vom 21.1.1999, Slg. 1999 I, 223 – Upjohn.

14 EuG, Urteil vom 26.6.1998, Slg. 1998 II, 2405 – British Airways / Kommission.

4. Rechtsschutz gegen Normativakte

Der Individualrechtsschutz nach Art. 230 EGV ist allerdings nur beinahe, aber nicht vollständig, eine Kopie des französischen Verwaltungsprozesses. Es ist jetzt von einem etwas problematischen deutschen Einfluss zu reden, der auf das Jahr 1955, die Zeit der Ausarbeitung des EWG-Vertrages, zurückgeht. Es gab eine deutsche Reserve gegen die Einbeziehung von Normativakten der Verwaltung (*actes réglementaires*) in die Gegenstände der Nichtigkeitsklage. Nach französischem Recht unterfallen auch *actes réglementaires* dem *recours pour excès de pouvoir.* Aber das deutsche Recht kannte damals eine prinzipale Normenkontrolle noch nicht, nur die Inzidentkontrolle der Legalität von Verordnungen und Satzungen. Inzwischen hat sich das in Deutschland geändert. Es gibt seit Langem die sog. abstrakte oder prinzipale Normenkontrolle im Verwaltungsprozess, allerdings nur für Akte auf der Ebene der Länder, nicht aber auf der des Bundes. Jedenfalls trug der deutsche Standpunkt von 1955 dazu bei, dass nach Art. 230 (ex-Art. 173) EGV nur „Entscheidungen", nicht aber „Verordnungen", mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar sind (letztere ausnahmsweise nur dann, wenn sie im konkreten Fall wie Entscheidungen wirken). Diese Rechtsschutzlücke des europäischen Rechts ist vor wenigen Jahren nach Entscheidungen des EuGH[15] und des Gerichts erster Instanz[16] viel diskutiert worden[17]. Der EuGH hält, dem Vertragstext folgend, daran fest, dass es im europäischen Recht grundsätzlich keine Nichtigkeitsklage gegen Verordnungen gibt, und betont daher die Notwendigkeit, eine Inzidentkontrolle europäischer Verordnungen durch nationale Gerichte zu gewährleisten. In beiden Fällen ging es um Verordnungen im Bereich des Agrarmarktes und der Fischereipolitik. Der Europäische Konvent, der die Verfassung für Europa ausarbeitete, wollte die Gelegenheit zu einer Korrektur nutzen und die Nichtigkeitsklage auch gegen Verordnungen (*règlements; actes réglementaires*) eröffnen. Dabei handelt es sich aber nur, wie in Frankreich, um Durchführungsverordnungen, nicht um die heutigen Verordnungen des Rates und des Europäischen Parlaments, die in der Begrifflichkeit des Entwurfs des Verfassungsvertrags zu „Gesetzen" hochgestuft wurden.

5. Kategorien der Klagegründe

Das Phänomen, dass Exporte aus dem nationalen Recht in das Europarecht dort versteinern, indem sie nicht mehr an der Fortentwicklung des nationalen Rechts teilnehmen, wiederholt sich noch einmal bei den berühmten *cas d'ouverture*, nämlich den Kategorien von Klagegründen der Nichtigkeitsklage. Die Redaktoren des EWG-Vertrages haben in Art. 230 (damals Art. 173) vier Kategorien benannt: Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des

---

15 EuGH, Urteil vom 25.7.2002, Slg. 2002 I, 6677 – Union de Pequenos Agricultores.

16 EuG, Urteil vom 3.5.2002, Slg. 2002 II, 2365 – Jégo-Quéré.

17 Nachweise zur Diskussion in Deutschland bei Wolfram Cremer, Gemeinschaftsrecht und deutsches Verwaltungsprozessrecht, in: Verw 37 (2004), S. 165 ff.

EWG-Vertrages, Ermessensmissbrauch. Diese Einteilung geht auf *Edouard Laferriere* zurück, der sie als Vizepräsident des Conseil d'Etat Ende des 19. Jahrhunderts konzipierte[18]. *Laferriere* gilt als der Begründer der wissenschaftlichen Behandlung des Verwaltungsprozesses in Frankreich[19]. Die Klassifikation der Klagegründe lautet: *incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir* und *violation de la loi*. Die Redaktoren des EWG-Vertrages haben, indem sie die Klassifikation übernahmen, dem französischen Klassiker gleichsam ein Denkmal errichtet. Aber inzwischen haben die französische Doktrin und Rechtsprechung erkannt, dass eine Einteilung in formelle Rechtmäßigkeit (*légalite externe*) und materielle Rechtmäßigkeit (*légalite interne*) einfacher und zweckmäßiger ist[20].

Über Klagegründe (*moyens*) wäre noch viel zu sagen[21]. Das Europarecht (Art. 230 EGV) übernimmt das französische Modell. Der Richter entscheidet ausschließlich über die vorgebrachten Klagegründe (*moyens*) und die Einreden des Beklagten. Die Parteien müssen die Klagegründe schriftlich unter Einhaltung der Prozessförmlichkeiten vorbringen. Zu den vorgebrachten Klagegründen und Einreden gehören aber auch die *moyens d'ordre public*, welche der Richter von Amts wegen in den Prozess einbringt. Darunter fallen alle Klagegründe und Einreden, die die Zulässigkeit der Klage betreffen, aber nur in äußerst begrenztem Umfang Klagegründe, die die Begründetheit der Klage betreffen. An diesem Punkte bleibt das europäische Recht ein weiteres Mal gegenüber der inzwischen eingetretenen Fortentwicklung des französischen Rechts zurück. Denn der französische Verwaltungsrichter ist heute in gewissem Maße bereit, den Parteien von Amts wegen zu helfen, um zu vermeiden, eigentlich fundierte Klagen aus formalen Gründen abzuweisen, nur weil die gegebenen Klagegründe nicht mit der Klage vorgebracht wurden. Es wurde sehr flexibel die *méconnaissance du champ d'application de la loi* als eine weitere Kategorie des *moyen d'ordre public* entwickelt[22], um offensichtliche Fehler, wie zum Beispiel die Anwendung eines auf den Fall unanwendbaren Gesetzes, korrigieren zu können. Die europäischen Gerichte leisten dagegen eine solche Hilfestellung nicht.

---

18 Koch, Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 5), S. 161.

19 Chapus, Contentieux administratif (Fn. 5), Rn. 5, S. 11.

20 Chapus, Contentieux administratif (Fn. 5), Rn. 911, S. 780.

21 Volkmar Götz, Verwaltungsrechtsschutz durch Entscheidung über einzelne schriftlich vorgebrachte Klagegründe – Zum Rechtsschutzmodell der europäischen Gerichtsbarkeit, in: C.-E. Eberle (Hrsg.), FS W. Brohm, 2002, S. 70.

22 Vgl. Chapus, Contentieux administratif (Fn. 5), Rn. 935 ff., S. 802 ff.

Europäisierung des ungarischen Verwaltungsverfahrensrechts

Krisztina Rozsnyai

Die Konvergenz der nationalen Rechtsordnungen ist auch auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrensrechts ersichtlich. Die Zeichen der Europäisierung des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts sind auch in Ungarn zu bemerken: davon zeugen sowohl die Änderungen des Verfahrensrechts in den letzten zehn Jahren als auch die Neuregelung des Verwaltungsverfahrens Ende 2004. Die Kodifikationswelle, die als eine Tendenz der Europäisierung bezeichnet wird[1], hat auch Ungarn erreicht (I.). Wie in anderen Mitgliedstaaten war die grundsätzliche Stoßrichtung dieser Neuregelung in Ungarn ebenfalls die Stärkung gewisser rechtsstaatlicher Garantien (II.), die Verbesserung der Beziehungen zwischen Staat und Bürger (III.) sowie die Effizienzsteigerung der Verwaltung (IV.). Eigentlicher Motor der Europäisierung des ungarischen Verwaltungsverfahrensrechts ist das Verfassungsgericht, denn die wichtigsten Änderungen seit 1990 wurden aufgrund seiner Entscheidungen vorgenommen. Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts ist aber auch eindeutig zu erkennen.

[1] *Karl-Peter Sommermann,* Konvergenzen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten, in: DÖV 2002, S. 133 (139) m.w.N.

I. Neukodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts

Die tief greifende Veränderung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umstände, die revolutionäre Entwicklung der Informationstechnologie und der Beitritt Ungarns zur Europäischen Union waren die wichtigsten Gründe für die Neuregelung des Verwaltungsverfahrens in Ungarn Ende 2004[2]. Neben diesen eher objektiven Gründen gab es auch subjektive Gründe, die den Gesetzgeber dazu veranlassten, Ende 2004 das Gesetz über die allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsdienstleistungen[3] (Ket.) zu erlassen. Dies waren unter anderem die abnehmende Bedeutung des alten Gesetzes über das Verwaltungsverfahren (Áe.), vor allem wegen der vielen Sondervorschriften, die vom Áe. ohne dessen Erlaubnis abweichende Vorschriften festlegten, sowie ein gewisser „Zwang zur Verteidigung der Verwaltung".

Das Áe. funktionierte fast 50 Jahre lang beinahe einwandfrei[4], deshalb bezogen sich die wenigsten Änderungen auf die Einführung von neuen Rechtsinstituten bzw. Verfahrensarten. In den meisten Fällen ging es einerseits um die Ergänzung von alten Rechtsinstitutionen durch neue Elemente, andererseits um die Umbenennung von Rechtsinstitutionen bzw. um die „Vergesetzlichung" der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. Wenn wir uns die reinen Zahlen der Neukodifikation ansehen, können wir einen Anstieg der Verfahrensnormen feststellen: Das Áe. hatte 9 Teile, 96 Paragrafen und 281 Absätze. Im Vergleich dazu hat das Ket. 11 Teile, 189 Paragrafen und 760 Absätze, was im Endeffekt fast eine Verdreifachung darstellt.

Áe.	Ket.
I. Grundsätzliche Bestimmungen	I. Grundsätze und grundsätzliche Bestimmungen
II. Sachliche und örtliche Zuständigkeit	II. Internationale, sachliche und örtliche Zuständigkeit
III. Grundverfahren	III. Grundverfahren
IV. Der Bescheid	IV. Die Entscheidungen der Behörde
V. Amtliche Bescheinigungen, Ausweise und Amtsregister	V. Amtliche Bescheinigungen, Ausweise und Amtsregister
VI. Amtskontrolle	VI. Amtskontrolle

[2] *Marianna Fazekas,* Die Erneuerung des Verwaltungsverfahrens in Ungarn, in: H. Hill/R. Pitschas (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, Berlin 2004, S. 251 (256 f.).

[3] Gesetz Nr. CXL des Jahres 2004, veröffentlicht am 28.12.2004, in Kraft getreten (mit gewissen Ausnahmen) am 1.11.2005.

[4] Zwischen 1958 und 2004 gab es insgesamt fünf größere Novellierungen. Vgl. *Marianna Fazekas,* Changes of administrative procedure between 1990 and 2006, in: A. Jakab/P. Takács/A.F. Tatham (eds.), The transformation of the Hungarian legal order 1985-2005, The Hague 2007, S. 127 (128 ff.).

VII. Rechtsbehelfe	VII. Rechtsbehelfe [eingeteilt in A) und B)]
VIII. Vollstreckung	VIII. Vollstreckung
	IX. Verfahrenskosten
	X. Elektronisches Verfahren und elektronische Amtsdienstleistung
IX. Schlussbestimmungen	XI. Schlussbestimmungen

II. Konsolidierung und Ausbau rechtsstaatlicher Prinzipien

1. Grundsätze

Um die Bindung des Verfahrensrechts an die rechtsstaatlichen Werte stärker hervorzuheben, wurden die „Grundsätze und grundsätzlichen Bestimmungen" des Verfahrensrechts ausführlich geregelt. Im Kapitel über die Verfahrensgrundsätze steht das Prinzip der Gesetzmäßigkeit natürlich an erster Stelle, ihm folgen die Offizialität und die Öffentlichkeit des Verfahrens, der Gleichheitsgrundsatz und in Verbindung damit die Regeln über den Gebrauch der Muttersprache im Verwaltungsverfahren. Die deklarierten Verfahrensgrundrechte der Parteien sind die Rechte auf ein faires Verfahren, auf Information und auf Rechtsschutz. Die Parteien müssen nach Treu und Glauben verfahren, und den Behörden obliegt es, kostenschonend und effizient zu arbeiten, sodass das Verfahren mit möglichst geringen Verfahrenskosten und so schnell wie möglich abgeschlossen werden kann.

2. Stärkung der Verteidigungsrechte der Beteiligten

Der Stärkung der Verteidigungsrechte der Beteiligten ist ein wichtiges Ergebnis der Neuregelung. Eine sehr wichtige Neuerung ist, dass im Gegensatz zum Áe., dem früheren Verwaltungsverfahrensgesetz, in dem die Benachrichtigung der Parteien über den Beginn des Verfahrens die Ausnahme war, nach dem Ket. eine Benachrichtigung binnen 5 Tagen nach Verfahrensbeginn eine allgemeine Pflicht der Behörde ist. Davon kann natürlich in mehreren gesetzlich geregelten Fällen abgesehen werden (Gefährdung des Ergebnisses des Verfahrens, einfache Sachlage, dauerhafte Kontrollaufgabe der Behörde, die Benachrichtigung wurde durch Rechtsnorm aus Gründen der Landeswehr bzw. der nationalen Sicherheit ausgeschlossen).

Akteneinsicht wurde zwar schon bislang gewährt, jetzt wurden aber die Regeln vervollständigt. Das Recht zur Akteneinsicht steht (und stand) jeder Partei und ihrem Vertreter zu: Sie können nicht nur die Akte einsehen, sondern Auszüge anfertigen und um Kopien bitten. Davon ausgenommen sind gewisse Aktenstü-

cke, wie der Entscheidungsentwurf, das Protokoll geschlossener Sitzungen, die Daten der sog. geschützten Zeugen und Anmelder, Aktenstücke, die ein Staats- oder Dienstgeheimnis beinhalten, und die durch Gesetz geschützten Aktenstücke, sofern das Gesetz die Akteneinsicht verbietet und das Fehlen der Kenntnis dieser Akten die Rechtsdurchsetzung nicht hindert.

Neu ist, dass eine Partei auch die Akteneinsicht der Gegenpartei begrenzen kann, soweit dies die Rechtsdurchsetzung der Gegenpartei nicht hindert. Die Begrenzung bezieht sich bei natürlichen Personen auf persönliche Daten sowie geschäftliche und andere Geheimnisse, die von einem wichtigen privaten Interesse sind. Juristische Personen können sich nur auf Geschäftsgeheimnisse berufen. Die Behörde muss alle Gegebenheiten sorgfältig abwägen und der Bitte auf Einschränkung der Akteneinsicht stattgeben oder diese abweisen.

Dritte haben nunmehr auch ein Recht auf Akteneinsicht, soweit die Kenntnis der Akte zur Rechtsdurchsetzung oder zur Erfüllung einer Pflicht notwendig ist. Wird jemandem die beantragte Akteneinsicht nicht gewährt, kann er den Rechtsweg beschreiten, wenn dies nach Abschluss des Grundverfahrens stattgefunden hat oder die Behörde die Akteneinsicht deshalb nicht gestattet, weil sie die Parteistellung dieser Person nicht anerkennt. Wenn die Akteneinsicht nicht gewährt oder beschränkt wird, muss darüber bei Widerspruch eine förmliche Entscheidung getroffen werden, wogegen der Rechtsweg (Berufung und Klage) gewährt wird. Die Regelung ist also im Allgemeinen viel empfindlicher gegenüber privaten Interessen geworden, früher hatte der Aspekt der Rechtsdurchsetzung der Partei oder anderer Personen keine Wirkung in diesem Bereich.

Wenn die Partei über den Beginn des Verfahrens nicht unterrichtet wurde und deshalb der Beweiserhebung nicht beiwohnen bzw. ihr Recht auf Akteneinsicht nicht ausüben konnte, ist die Behörde verpflichtet, binnen fünf Tagen nach Abschluss des Beweiserhebungsverfahrens die Partei zu informieren, damit sie die Möglichkeit bekommt, die Beweise kennenzulernen, zu ihnen Anmerkungen zu machen, ihr Recht zur Stellungnahme auszuüben und Anträge zur weiteren Beweiserhebung zu stellen. Das Verfahren kann erst nach Ablauf der für diese Verfahrensschritte gegebenen Frist abgeschlossen werden, unabhängig davon, ob die Partei von diesen Rechten Gebrauch gemacht hat oder nicht.

Die Möglichkeit des Vorgehens gegen Säumnisse der Verwaltung besteht, seitdem das Verfassungsgericht 1995 die verfassungswidrige Unterlassung des Gesetzgebers festgestellt hat[5].

Eine anderes wichtiges Rechtsinstitut, die Heilung von Zustellungsmängeln, verdankt das Verwaltungsverfahrensrecht ebenfalls dem Verfassungsgericht[6]. Bis 2003 galt eine de facto unwiderlegliche Vermutung für den Fall, dass die Postsendung nach einer Hinterlegung nicht abgeholt wurde: Die Sendung galt am fünften

[5] Beschluss des ung. VerfG Nr. 72/1995 (XII. 15.) AB határozat.
[6] Beschluss des ung. VerfG Nr. 46/2003 (X. 16.) AB határozat.

Werktag nach dem zweiten Zustellungsversuch als zugestellt, es gab keine Möglichkeit zur Widerlegung dieser Vermutung. Das Verfassungsgericht hat die Verfassungswidrigkeit dieser Regelung festgestellt und den Gesetzgeber verpflichtet, eine Möglichkeit der Widerlegung dieser Zustellungsvermutung gesetzlich zu regeln.

Den Antrag auf Widerlegung der Zustellungsvermutung kann die Partei bei Bestehen von Zustellungsmängeln einreichen. Natürliche Personen können sich auch auf andere unverschuldete Ursachen berufen, wegen derer sie die Sendung nicht in Empfang nehmen bzw. abholen konnten. Die Frist hierfür beträgt 15 Tage ab Kenntnisnahme von dem Geltungsbeginn der Zustellungsvermutung, die objektive Frist beträgt sechs Monate. Die Kenntnisnahme wird dadurch erleichtert, dass die Behörde acht Tage nach Eintreffen der zurückgestellten Sendung die Partei über den Geltungsbeginn der Zustellungsvermutung mit der Zusendung des zurückgestellten Schriftstücks informieren muss. Neu ist im Zusammenhang mit der Zustellung auch der Zustellungsbevollmächtigte, den solche Parteien bestellen können, die keinen Hauptwohnsitz bzw. Sitz im Inland haben.

3. Effizienter Rechtsschutz

Die Effizienz des Rechtsschutzes ist ein weiteres wichtiges Anliegen der Neuregelung. Es wurden einerseits einige neue Rechtsbehelfe eingeführt, wie der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens und der „Antrag auf Billigkeit“, beides sog. spezielle Rechtsbehelfe. Andererseits wurde auch der Kreis der anfechtbaren Verwaltungsentscheidungen ausgedehnt. Nun können auch gewisse verfahrensrechtliche Entscheidungen angefochten werden, die bisher nur mit dem gegen den endgültigen Bescheid gerichteten Rechtsbehelf angefochten werden konnten. Die Abweisung des Antrags ohne Untersuchung der Sache, die Beendigung des Verfahrens ohne Bescheid, die Aussetzung des Verfahrens, die Geldstrafen im Verfahren, die Entscheidungen über das Tragen der Kosten, die Verweigerung der Akteneinsicht und die Ablehnung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumnis der Widerspruchsfrist sind solche verfahrensrechtliche Entscheidungen.

Die Berufung bleibt weiterhin ein bedingt devolutiver Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung. Die wichtigsten diesbezüglichen Veränderungen sind die Einführung des Begriffs der Teilrechtskraft und die Begrenzung des Suspensiveffekts: Dieser gilt nicht für Bescheide, die eine Geldzahlung oder materielle Leistungen der Partei vorschreiben sowie für den Fall, dass die Partei nur weitere Forderungen hat. Das Recht der Behörde zum Ausschluss der aufschiebenden Wirkung wurde ausgedehnt; nun können auch sonstige Gesetze den Suspensiveffekt der Berufung aus den im Ket. bestimmten Gründen[7] ausschließen.

[7] Dies sind Gründe der nationalen Sicherheit, der Landeswehr, des öffentlichen Gesundheitswesens und der Epidemie-Bekämpfung, der Arbeit und Arbeitssicherheit, des Denkmalschutzes sowie des

Da im ungarischen Verwaltungsrecht der Verwaltungsprozess als Teil des Verwaltungsverfahrens angesehen wird, hatte die Neukodifikation auch Auswirkungen auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Hier ist eine ähnliche Tendenz wie in anderen europäischen Staaten zu erkennen.

Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozess wird mit Verweis auf die Parteistellung geregelt. Klage erheben kann jeder, der im Verfahren Partei war bzw. dessen Rechte oder Interessen durch den Bescheid berührt werden. Der Parteibegriff war und ist im Verfahrensrecht weit formuliert. Im Allgemeinen ist Partei im Verwaltungsverfahren diejenige natürliche oder juristische Person bzw. sonstige Organisation ohne Rechtspersönlichkeit, deren Recht, rechtliches Interesse oder Rechtsstellung durch den Gegenstand des Verwaltungsverfahrens berührt wird. Partei ist darüber hinaus derjenige, auf den sich ein Verwaltungskontrollverfahren erstreckt bzw. dessen Angaben durch ein Amtsregister erfasst werden. Zudem gibt es weitere Organisationen, denen die Parteistellung zukommen kann. Insoweit wurden die Regeln präziser formuliert: Diejenigen Verwaltungsbehörden, deren Aufgabenbereich durch die Verwaltungssache berührt wird, die im Verfahren aber als verfahrensführende (Sach-)Behörde nicht teilnehmen, üben gleichfalls die Rechte einer Partei aus. Als Auswirkung des Gemeinschaftsrechts kann die mögliche Parteistellung von interessenvertretenden zivilrechtlichen und anderen gesellschaftlichen Organisationen, deren Tätigkeit sich auf den Schutz von Grundrechten oder des Gemeinwohls richtet, gewertet werden. Diese Organisationen können durch spezialgesetzliche Regelung Parteistellung erlangen.

Neben der Ausweitung des Kreises der vor Gericht anfechtbaren Entscheidungen ist die bedeutendste verwaltungsprozessuale Änderung, dass das gerichtliche Verfahren nunmehr keine aufschiebende Wirkung mehr hat. Mit der Klage kann die Partei aber selbstverständlich um einstweiligen Rechtsschutz bitten und das Gericht um die Aussetzung der Vollstreckung ersuchen. Darüber muss das Gericht binnen kürzester Zeit entscheiden.

Das Verfahren vor Gericht wurde weiter ausdifferenziert: In den Verfahren wegen Versäumnissen der Verwaltungsbehörden und bei der Überprüfung verfahrensrechtlicher Entscheidungen zweiter oder ausnahmsweise[8] erster Instanz verfährt das Gericht in einem außerprozessualen Verfahren, das in einem eigenen Gesetz detailliert geregelt wird. Die Überprüfung von Bescheiden geschieht im Verwaltungsprozess. Über die Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen wird im Zivilprozess entschieden, die Verfahrensregeln beider Prozesse beinhaltet die ZPO.

Natur- und Umweltschutzes bzw. der Ausbau des öffentlichen Verkehrsnetzes und die Sicherung der Energieversorgung.

[8] Für die erstinstanzliche Behörde besteht keine Aufsichtsbehörde, die Berufung ist durch Gesetz ausgeschlossen oder es geht um die Anordnung der Vollstreckung eines verwaltungsrechtlichen Vertrags.

Weitere Änderungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind mit der Neuregelung des Verwaltungsverfahrens leider nicht erfolgt. Gerichtlicher Rechtsschutz wird weiterhin hauptsächlich gegen Verwaltungsakte gewährt. Der Gesetzgeber hält auch an dem fast monistischen System der gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen fest. Es gibt keine eigenständigen Verwaltungsgerichte, und die Verwaltungsprozesse werden durch die Zivilprozessordnung geregelt[9].

4. Die Legalität der Verwaltung und der Vertrauensschutz

Die Legalität der Verwaltung – und damit die objektive Kontrolle der Verwaltungstätigkeit – wurde vor allem durch die Neuregelung der Fehlerfolgen gestärkt, wobei die Bedeutung des Vertrauensschutzes zugenommen hat. Auch hier war es das Verfassungsgericht, dessen Entscheidung eine wesentliche Änderung herbeigeführt hat[10]. Die wichtigste Schranke ordentlicher Rechtsbehelfe bildet der Vertrauensschutz, der im ungarischen Recht mit dem Begriff „wohlerworbene und wohlgebrauchte Rechte" umschrieben wird. Guten Glaubens ist, wer einen Bescheid nicht erschlichen hat und nicht wusste oder hätte wissen müssen, dass der Bescheid rechtswidrig ist. Schutzwürdig ist ein guten Glaubens gewachsenes Recht nur, wenn die Partei es schon ausübt oder ausgeübt hat bzw. dazu Vorbereitungen getroffen hat.

Bestandsschutz wird zunächst bei allen rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsakten gewährt, deren Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit in jedem Fall ausgeschlossen ist. Die Behörde kann ihre Entscheidung nur im Berufungsverfahren ändern, von Amts wegen besteht dazu keine Möglichkeit. Rechtswidrige begünstigende Bescheide genießen Bestandsschutz, soweit der Begünstigte die Rechte guten Glaubens erworben hat und auch guten Glaubens ausübt. Falls die Entscheidung rechtswidrig ist, kann die Behörde diese binnen eines Jahres nach ihrem Erlass einmal ändern (soweit die Berufungsbehörde oder das Gericht noch nicht darüber entschieden haben). Neben der materiellen Rechtskraft ist die insoweit größte Schranke für die Behörden der Vertrauensschutz: Rechte, die den Parteien aus dem Bescheid kraft guten Glaubens erwachsen sind, können in diesem Verfahren nicht beseitigt werden. Auch für die Aufsichtsbehörden ist der Vertrauensschutz bei begünstigenden Entscheidungen die größte Schranke. Es kann nicht zu einer Abänderung oder Aufhebung kommen, wenn ein guten Glaubens erwachsenes und ausgeübtes Recht berührt würde. Neben dem bzw. anstatt des Vertrauensschutzes stellt zudem die seit Eintritt der Rechtskraft verstrichene Zeit eine wichtige Schranke für die Aufsichtsbehörde dar. Seit der Entscheidung des Verfassungsgerichts im Jahre 2000 genießen auch belastende rechtswidrige

[9] Zu den verschiedenen Systemen vgl. *Thomas Groß*, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, in: Verw (33) 2000, S. 415 (420). Näher zur ungarischen Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl. *Krisztina Rozsnyai,* Probleme der ungarischen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus rechtsvergleichender Perspektive, Budapest 2004, S. 187-209.

[10] Beschluss des ung. VerfG Nr. 2/2000 (II. 25.) AB határozat.

Bescheide begrenzten Bestandsschutz: Sie können nur binnen fünf Jahren nach Erlangung der Rechtskraft abgeändert werden. 5 Jahre nach Eintritt der Rechtskraft bzw. nach dem Ende der Leistungsfrist können keine Pflichten oder Sanktionen mehr auferlegt bzw. erhöht werden. Eine Ausnahme hiervon bilden lediglich Bescheide, die durch strafbare Handlungen herbeigeführt worden sind, soweit keine kraft guten Glaubens erwachsenen und ausgeübten Rechte berührt werden.

Durchbrochen wird der Vertrauensschutz bei begünstigenden Bescheiden nur in drei Fällen:

- Falls das Verfassungsgericht die Norm, auf der der Bescheid beruht, für verfassungswidrig erklärt, kann der Bescheid ohne zeitliche Schranken aufgehoben werden.
- Der Einspruch des Staatsanwalts durchbricht (auch partiell) den Vertrauensschutz. Wenn der Staatsanwalt Einspruch einlegt, kann die Behörde erster Instanz oder die Aufsichtsbehörde binnen drei Jahren auch Entscheidungen aufheben bzw. abändern, aus denen jemandem guten Glaubens Rechte erwachsen sind.
- Die Nichtigkeit des Bescheides[11] ist ebenfalls ein Grund, weswegen der Vertrauensschutz begünstigender Bescheide binnen dreier Jahren keine Wirkung entfalten kann. Zuständig zur Nichtigerklärung sind sowohl die bescheidende Behörde als auch deren Aufsichtsbehörde. Hiergegen ist der Rechtsweg gegeben.

III. Verbesserung des Verhältnisses zwischen Bürger und Staat

Ein erstes Element einer konsensualen Verwaltung ist der sog. Amtsvertrag, auf den sich der Geltungsbereich des Ket. erstreckt und der dem subordinationsrechtlichen Austauschvertrag entspricht. Ein Amtsvertrag kann geschlossen werden, falls dies eine günstigere Lösung der Sache sowohl für die Partei als auch für das öffentliche Wohl ermöglicht. Er ersetzt den Verwaltungsbescheid, kann aber auch solche Auflagen für die Partei beinhalten, für deren Bestimmung durch Bescheid die Behörde keine Zuständigkeit hätte. Der Amtsvertrag kann wie ein Verwaltungsakt direkt vollstreckt werden, die Vollstreckung bedarf keiner richterlichen Entscheidung. Da er aber nur geschlossen werden kann, falls eine Sondernorm dies erlaubt, wird von ihm nur selten Gebrauch gemacht – vor allem in Bereichen,

[11] Nach dem Ket. muss ein Bescheid vernichtet werden, wenn er von einer (international, sachlich oder örtlich) unzuständigen Behörde erlassen wurde, eine Kollegialbehörde beschlussunfähig war oder ihn ohne die erforderliche Mehrheit beschlossen hat, die Sachbehörde(n) nicht ins Verfahren einbezogen oder ihre Entscheidung(en) nicht beachtet wurde(n), die Entscheidung durch eine mit rechtskräftigem Urteil festgestellte Straftat beeinflusst wurde, die Behörde in einer gerichtlich schon entschiedenen Sache tätig geworden ist (materielle Rechtskraft) oder eine Entscheidung getroffen hat, die dem Urteil eines Gerichtes widerspricht, sowie in dem Fall, dass ein anderes Gesetz eine sonstige erhebliche Rechtswidrigkeit zum Nichtigkeitsgrund erklärt.

in denen das Gemeinschaftsrecht es erfordert, so kann er z.B. im Verbraucherschutz Sanktionen ersetzen.

Die Schaffung der Kategorie der Entscheidungen von öffentlichem Interesse trägt ebenfalls zur Verbesserung des Verhältnisses zwischen Bürger und Staat bei. Entscheidungen von öffentlichem Interesse müssen allgemein zugänglich gemacht werden. Zu diesem Kreis gehören u.a. die Entscheidungen, die mit der eine staatliche oder kommunale öffentliche Aufgabe erfüllenden Tätigkeit eines Organs oder einer Person zusammenhängen. Des Weiteren gehören hierzu Entscheidungen, die durch Popularklage anfechtbar sind; die im Zusammenhang mit der Tätigkeit in einer Sache ergangen sind, die einen bedeutenden Teil der im Wirkungsbereich lebenden Anwohner berührt; die die Rechte der Verbraucher bzw. Arbeitnehmer auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes und der Arbeitssicherheit unmittelbar berühren; sowie solche, die sich auf eine die natürliche oder bebaute Umwelt bzw. das Kulturerbe bedeutend beeinflussende Tätigkeit beziehen. Entscheidungen über die Aufteilung oder Nutzung natürlicher Kraftquellen sowie über die Gewährung eines ausschließlichen Rechts oder eines Sonderrechts müssen gleichfalls öffentlich zugänglich gemacht werden. Zudem kann der Gesetzgeber weitere Fallgruppen benennen.

Gänzlich neu im ungarischen Verwaltungsverfahrensrecht ist der Verfahrenstyp[12] des Massenverfahrens, dessen Begriff über die Regeln zur Parteistellung Einlass in das Ket. findet. In eine Anlage betreffenden oder die Erlaubnis zur Ausübung einer Tätigkeit zur Sache betreffenden Verwaltungsverfahren sind Parteien alle Eigentümer und diejenigen Personen, die laut Grundbuch Sachenrechte an jenen Immobilien besitzen, die im Wirkungsbereich der Anlage oder der auszuübenden Tätigkeit liegen. Dieser Parteibegriff ist also breiter als der allgemeine. Wirkungsbereich in diesem Sinne ist das geografische Gebiet innerhalb der Grenzen der Ungarischen Republik, auf das die Anlage bei normalem Betrieb ständig oder regelmäßig einen schädlichen physischen Effekt ausübt bzw. ausüben kann. Der Begriff der Anlage wird nicht normiert; er ergibt sich aus den einzelnen materiellen Rechtsnormen. Im Massenverfahren wird die Kommunikation zwischen den Parteien und der Behörde erleichtert und das Verfahren dadurch gestrafft. Der Beginn des Verfahrens wird entweder durch ortsübliche Bekanntmachung oder durch Aushang bekannt gegeben. Der Aushang muss über den Gegenstand des Verfahrens, das geplante Vorhaben und dessen Wirkungsbereich sowie darüber Auskunft geben, wo und wann Akteneinsicht gewährt wird. In den meisten Fällen muss auch eine öffentliche Anhörung stattfinden, um die Meinung der Öffentlichkeit kennenzulernen. Die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erfolgt ebenfalls durch Aushang, durch Veröffentlichung auf der Homepage der Behörde bzw. durch die Ortspresse. Das Fehlen einer Zustellung auf dem Postwege kann

[12] *Éva Szalai,* A nyilvános, "sokügyfeles" eljárás szabályozásának problémái a magyar közigazgatási eljárásjogban.(Probleme der Regelung der öffentlichen Massenverfahren im ungarischen Verwaltungsverfahrensrecht), in: FS Peter Schmidt, Budapest 2006, 292 (293 f.).

in diesem Fall nicht als Verfahrensmangel gewertet werden. Gegen die aus diesem Grund erfolgende Abweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gibt es keine Berufung. Damit wird die Rechtskraft des Urteils binnen absehbarer Zeit garantiert, was z.B. wegen der Abrufung von EG-Fördermitteln wichtig ist.

Erleichtert wird die Verfahrensführung in den Massenverfahren ferner durch die Figur des sog. Verfahrensmittlers. Dieser Vermittler ist eine neutrale Person, die einerseits zwischen den Parteien und der Behörde sowie andererseits zwischen den (meist unterschiedliche Interessen verfolgenden) Parteien vermittelt, damit im Verfahren eine für alle annehmbare Lösung gefunden wird. Er darf keinesfalls zugleich Vertreter einer Partei, Mitarbeiter der Behörde oder sonst durch die Verwaltungssache betroffen sein. Der Verfahrensmittler sorgt dafür, dass die Betroffenen auf für sie verständliche Weise fachlich und faktisch richtige Informationen erhalten sowohl über das Ziel des Verfahrens als auch über die Auswirkungen der Realisierung bzw. über die Maßnahmen, die zur Minderung und Beseitigung der potenziell ungünstigen Veränderungen getroffen werden. Er gibt den Parteien auch Auskunft in Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem konkreten Verwaltungsverfahren. Der Behörde hilft der Verfahrensmittler, indem er die Stellungnahmen und Anmerkungen der Parteien zur Sache sammelt und diese systematisiert der Verwaltung zuleitet.

Der Parteibegriff wird nicht nur bei den Massenverfahren erweitert, dasselbe gilt – angestoßen vom europäischen Gemeinschaftsrecht – auch für die Verwaltungssachen in den Bereichen des Umwelt-, Tier- und Verbraucherschutzes, wo die Verbandsklage Einlass in die Gesetzgebung gefunden hat. Hier genießen die Grundrechte oder das Gemeinwohl schützende Verbände schon in den Verwaltungsverfahren Parteistellung.

IV. Effizienzsteigerung

Im globalen Standortwettbewerb seine Position zu behaupten und zu verbessern, ist eine neue Herausforderung für Ungarn, obwohl Effizienz bereits vor 1990 – aufgrund des Interesses des Staates als größtem Eigentümer – das wichtigste Ziel des Verfahrensrechts war. Die Beziehung zwischen Staat und Wirtschaft hat sich mit der Wende völlig geändert. Das Verfahrensrecht bekam große, die Wirtschaft beeinflussende Bedeutung[13], eine Funktion, die der Staat früher durch die Politik und als Eigentümer wahrgenommen hat. Die Verfahrensdauer hat sich auch wegen der rechtsstaatlichen Änderungen – vor allem infolge von Verwaltungsprozessen – deutlich erhöht. Die materiellrechtlichen Änderungen, die teils aus der Rechtsharmonisierungspflicht Ungarns, teils aus der Rezeption ausländischer Lö-

[13] *Marianna Nagy,* Law enforcement and sanctioning in Hungarian public administrative law between 1989-2005, in: Jakab/Takács/Tatham, Transformation (Fn. 4), S. 143.

sungen entstanden sind, haben ebenfalls längere Verfahren zur Folge. Sie wurden nämlich nur punktuell durch die Ressorts vorgenommen und tragen viele Unstimmigkeiten in sich. An den Verfahren nehmen meistens zu viele Sachbehörden teil, und es müssen oft zu viele Verfahren zur Realisierung eines Vorhabens abgewickelt werden. Der Gesetzgeber hat auf diese Probleme mit verfahrensrechtlichen Reformen reagiert: Sondergesetze zur Beschleunigung einzelner Genehmigungsverfahren wurden verabschiedet. So erklärt z.B. das Gesetz über die Genehmigungsverfahren für Investitionen mit volkswirtschaftlich wichtiger Bedeutung, Ziel der Regelung sei, dass die Realisierung von Projekten, die durch Fördermittel der EU mitfinanziert werden, schneller, einfacher und nach einer einheitlichen Verfahrensordnung erfolge und so die effiziente Verwendung der Mittel gesichert werde. Der Beitritt zur EU ist also ein weiterer Grund dafür, dass die Beschleunigung der Abwicklung von Genehmigungsverfahren wieder ein wichtiges Anliegen der Gesetzgebung geworden ist. Insoweit werden einerseits die Zeiträume für die einzelnen Verfahrensschritte gekürzt, andererseits wird die Zuständigkeit den höheren Behörden zugeteilt und infolgedessen zum Teil auf das Berufungsverfahren verzichtet. Auch hat das Gericht hat in diesbezüglichen Prozessen oft die Möglichkeit zur Abänderung des Bescheids, um auch dadurch Zeit zu sparen.

Auch die Regelung der Amtshilfe ist im Hinblick auf den Eintritt in die EU erneuert worden. Die internationalen Amtshilfe ist sehr flexibel geworden, die Behörden können sich nun direkt an ausländische Behörden wenden. Die Fristen für die inländische Hilfeleistung sind mit 8 bzw. 15 Tagen kürzer geworden, auch die Verfahrenspflicht der ersuchten Behörde ist nun besser geregelt. Die Mitwirkung der „Sachbehörden", also der Behörden, die ein Mitentscheidungsrecht im Verfahren haben, wurde ebenfalls an mehreren Punkten gestrafft.

Auch die Neuregelung des Verwaltungsvollzugs steuert viel zur effizienten Verfahrenserledigung bei: Die bisher eher funktionsuntüchtigen Regeln wurden beseitigt, und ein neues System des Vollzugs mit eigens dafür bestimmten Verwaltungsorganen wurde geschaffen.

Von großer Bedeutung sind zudem die Regeln über die elektronische Verfahrensführung, durch die die Parteien mittels mehrerer Garantien, wie z.B. Vorschriften zur Datensicherheit oder die Wahlfreiheit zwischen der herkömmlichen und der elektronischen Kommunikation mit der Behörde, geschützt werden. Die Kommunen können frei entscheiden, ob sie den elektronischen Verfahrensweg erlauben, die staatlichen Verwaltungsorgane haben insoweit keine Wahlfreiheit. Der Gesetzgeber kann den elektronischen Verfahrensweg für bestimmte Gegenstände ausschließen oder vorschreiben – letzteres ist z.B. der Fall für steuerbehördliche Verfahren juristischer Personen. Viele Behörden nutzen diese Möglichkeit auch freiwillig. Es ist zu hoffen, dass dieser neu in das Ket. eingefügte Teil die Verbreitung der elektronischen Verwaltung fördern und so Effizienz steigernde Wirkungen haben wird.

V. Fazit

Im ungarischen Verwaltungsrecht sind also dieselben Tendenzen wie in mehreren europäischen Staaten zu beobachten. Vor allem hat das Ket. das Schutzniveau im Verwaltungsverfahren deutlich erhöht. Aber nicht nur dem Schutz der Rechte bzw. der Position der Partei dient das Ket. nun stärker, auch die Gesetzmäßigkeit und dadurch das Gemeinwohl werden durch die neuen Vorschriften besser geschützt. Die Kommunikation der Beteiligten wurde an vielen Punkten verbessert, und es wurden mehrere Maßnahmen zur Effizienzsteigerung ergriffen.

Die Vorschriften müssen aber im System des Ket. bewertet werden, wozu auch die Anwendung des Ket. in der Praxis in Betracht gezogen werden muss. Der Gesetzgeber hat zwar am Vorrang des Ket. als allgemeiner Regelung festgehalten, gleichwohl ist die sehr hohe Zahl von Einzelvorschriften im Ket., die ein Abweichen von den jeweiligen Vorschriften erlauben (um die 200), eine Tatsache, die Anlass gibt, an diesem neuen System zu zweifeln. Faktisch wird damit die Subsidiarität des Ket. gegenüber den Vorschriften der Sonderverfahren erreicht. Es ist fraglich, ob der Respekt vor den allgemeinen Verfahrensnormen, deren Fehlen einer der subjektiven Gründe für die Neuregelung des Verwaltungsverfahrens war, auf diese Weise hergestellt werden kann. In diesem Zusammenhang kann man feststellen, dass „mehr" nicht unbedingt auch „besser" ist: Es wäre vielleicht besser gewesen, weniger, aber unbedingt zwingende Regeln zu setzen, die ein Mindestmaß an Garantien für alle Verfahren bedeuten würden[14].

Diese Garantien hätte der Gesetzgeber auch auf andere Handlungsformen der Verwaltung ausweiten sollen. Das Ket. findet nämlich weiterhin nur auf solche Verwaltungssachen Anwendung, in denen eine Verwaltungsbehörde der Partei durch Verwaltungsakt ein Recht erteilt oder eine Pflicht auferlegt, ein Amtsregister führt, Tatsachen oder Rechte bescheinigt bzw. Amtskontrollen durchführt. In den letzten zehn Jahren haben aber auch andere Handlungsformen der Verwaltung Einlass in die Verwaltungspraxis gefunden. Diese werden nur sporadisch bzw. durch das Privatrecht erfasst, wie z.B. die verwaltungsrechtlichen Verträge oder Subventionen. Hier hat der Gesetzgeber die Gelegenheit verpasst, einen großen Schritt in Richtung Europa zu machen. Den Bürgern und juristischen Personen bzw. anderen Organisationen sollte in allen Relationen gegenüber der Verwaltung Rechtschutz gewährt, das Gemeinwohl und die Gesetzmäßigkeit besser geschützt werden.

Leider gilt der Grundsatz, dass „mehr" nicht unbedingt auch „besser" ist, auch für den Anstieg der Zahl der Vorschriften des Ket. Obwohl die Regelung jetzt viel ausführlicher ist – oder auch gerade deshalb? –, gibt es sehr viele Fragen bei der Auslegung der Normen. Die Formulierungen sind oft unklar, nicht eindeutig und erschweren deshalb die Anwendung des Ket. Dass viele Fragen aufkommen, zeigt sowohl die Existenz eines Sachverständigenrates, dessen Zweck es ist, die An-

[14] So auch *Fazekas,* Changes (Fn. 4), S. 142.

wendung des Ket. in der Rechtspraxis zu unterstützen, als auch die hohe Zahl der Stellungnahmen dieses Gremiums. In manchen dieser Stellungnahmen erkennt sogar der Sachverständigenrat an, dass die Änderung gewisser Vorschriften notwendig sei. Man stellt mit Bedauern fest, dass – obwohl das Ket. nach seiner Verabschiedung schon vor dem Inkrafttreten am 1. November 2005 (!) an mehreren Stellen geändert wurde – wegen dieser Unsicherheiten der Auslegung ein Änderungsbedarf weiterhin fortbesteht. An manchen Stellen kommt sogar der Verdacht der Verfassungswidrigkeit auf. Denn die Rechtssicherheit, die ein wesentliches Element des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit ist, verlangt, dass Rechtsvorschriften klar und präzise formuliert sind und die Normen eindeutig ausgelegt werden können. Es ist fraglich, ob alle Vorschriften des Ket. diesen Anforderungen genügen.

Europäisierung des Verbraucherschutz- und Lebensmittelrechts

Ines Härtel

I. Einführung

1. Allgemeine Entwicklung

Die Entwicklung der europäischen Integration ist von Anfang an durch die wirtschaftliche Perspektive bestimmt gewesen[1]. Dabei standen mit den Zielen der Schaffung verbesserter Zoll- und Handelsbeziehungen sowie ökonomischer Verflechtung in spezifischen Wirtschaftssektoren vor allem die Produzenteninteressen im Vordergrund. Verbraucherschutzpolitik war nationale Aufgabe, die aber auch hier gegenüber den Anliegen der Unternehmen häufig nachstand. Heute dagegen ist die Gleichberechtigung von Produzenten und Konsumenten, von herstellenden Unternehmen und verbrauchenden Bürgern, zu einer gesellschaftlich, wirtschaftlich und politisch akzeptierten Maxime geworden. Gleichzeitig ist der Impuls zur Förderung und Weiterentwicklung von Verbraucher(schutz-)rechten auf der europäischen Ebene oft deutlicher zu spüren als im nationalstaatlichen Bereich. Wie konnte es zu diesem paradigmatischen Wandel des Verbraucherschut-

[1] Zur ursprünglichen Konzeption des EWG-Vertrages s. *Ludwig Krämer,* EWG Verbraucherrecht, 1985, S. 17 ff.; *Norbert Reich/Hans-W. Micklitz,* Europäisches Verbraucherrecht, 2007, S. 14 ff.

zes im Hinblick auf Gleichrangigkeit und Europäisierung kommen, und welche rechtlichen Regelungen sind damit verbunden? Im Folgenden soll dieser Frage nachgegangen werden, wobei der Schwerpunkt auf dem Lebensmittelrecht als speziellen Teil des Verbraucherschutzrechtes liegt.

Ein erstes deutliches Signal für eine diesbezügliche Neuausrichtung der Gemeinschaftspolitik war das Programm der EWG zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher von 1975, das fünf fundamentale Rechte des Verbrauchers enthielt[2]. Erst als die „Einheitliche Europäische Akte" (1987) das Binnenmarktkonzept im EWG-Vertrag festlegte, fand auch die Verbraucherpolitik Eingang in den Vertrag - wenn auch noch nicht als eigenständiges politisches Ziel der Gemeinschaft, so doch immerhin als Teil der Binnenmarktpolitik. Nach dem neu eingefügten Art. 100a Abs. 3 EWG[3] geht die Kommission bei ihren Vorschlägen für Maßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem „hohen Schutzniveau" aus. Der Vertrag von Maastricht (1993) verankerte den Verbraucherschutz als Gemeinschaftsaufgabe (Art. 3 lit. s EGV a.F., jetzt lit. t) und führte mit Art. 129a EGV den Verbraucherschutz als eigenständigen Politikbereich ein[4]. Mit dem Vertrag von Amsterdam (1999) wurde dieser geändert wurde. Seitdem verpflichtet die in Art. 153 Abs. 2 EGV eingefügte Querschnittsklausel alle Gemeinschaftsorgane und Mitgliedstaaten, bei der Ergreifung und Durchführung von allen anderen Gemeinschaftspolitiken „den Erfordernissen des Verbraucherschutzes Rechnung zu tragen". Die Charta der Grundrechte der EU (2000) hat in Art. 38 den Verbraucherschutz aufgegriffen. Danach stellen die Politiken ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher. Art. 38 Grundrechte-Charta besitzt keinen individualrechtlichen Gehalt, sondern stellt eine bloße Zielvorgabe dar[5]. Weder der EG-Vertrag noch die Grundrechte-Charta definieren die Begriffe „Verbraucher" und „Verbraucherschutz". Auch das Sekundärrecht kennt keinen einheitlichen Verbraucher(schutz-)begriff. Er ist nicht systematisch entfaltet, sondern ist in den einzelnen Rechtsakten und in der EuGH-Rechtsprechung im Wesentlichen situations- und problembezogen wieder zu finden[6].

---

[2] ABl. 1975 Nr. C 92, S. 1, Ziff. 3: „a) Recht auf Schutz der Gesundheit und Sicherheit, b) Recht auf Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen, c) Recht auf Wiedergutmachung erlittenen Schadens, d) Recht auf Unterrichtung und Bildung, e) Recht auf Vertretung (Recht gehört zu werden)".

[3] Jetzt Art. 95 Abs. 3 S. 1 EGV, der jedoch im Vergleich zur ursprünglichen Fassung dahin ergänzt wurde, dass die Kommission bei ihren Vorschlägen „insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen" berücksichtigt.

[4] Dazu u.a. *Ulrike Zischka*, Die Rechtssetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, 1996.

[5] Vgl. hierzu *Johannes Christian Wichard,* in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 38 GRCh Rn. 3-6; *Rudolf Streinz,* in: ders. (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 38 GRCh Rn. 2.

[6] Hierzu siehe *Brigitta Lurger*, in: Streinz, EUV/EGV (Fn. 5), Art. 153 EGV Rn. 11; *Johannes Christian Wichard,* in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV (Fn.5), Art. 153 EGV Rn. 14 und Art. 38 GRCh Rn. 1 m.w.N.

Im Laufe der Zeit ist eine Reihe von EG-Rechtsakten im Verbraucherschutz- und Lebensmittelrecht erlassen worden. Doch die politische und ökonomische Dynamik in Europa führte zu neuen Anforderungen. Die Erweiterungsrunden um die mittel- und osteuropäischen Staaten 2004 und 2007 haben inzwischen den europäischen Binnenmarkt auf rund 493 Millionen Verbraucher anwachsen lassen. Deren Konsum macht 58 % des Bruttoinlandsprodukts der Europäischen Union aus. Hinzu kommen einerseits mit der Globalisierung Agrargüter und Industriegüter aus fast allen Ländern der Welt in die Europäische Union. Andererseits führt der technologische Fortschritt insbesondere der digitalen Welt zu neuen Strukturen und Geschäftsfeldern, bei denen Verbraucherschutzbelange erst noch eingebracht werden müssen. Folgerichtig ist das künftige Programm der Europäischen Union nicht nur auf eine noch intensivere europäische Binnenmarktintegration der 27 nationalen Wirtschaftsmärkte angelegt, sondern gleichrangig auch auf eine Stärkung des Verbrauchers, des Verbraucherwohls und des Verbraucherschutzes. Die Verbraucherpolitische Strategie der Europäischen Union 2007-2013 spricht von einer „Neuausrichtung der EU-Politik auf die Verbraucher"[7] und der „Einbeziehung der Verbraucherinteressen in alle Bereiche der EU-Politik"[8]. Die Europäisierung der Verbraucherpolitik hat damit eine neue Dimension erreicht, die sich auch in neuen EG-Rechtsakten und zumindest in der Fortentwicklung alter Rechtsregeln niederschlägt. Diese neue Bedeutung einer gleichrangigen, integrierten Verbraucherpolitik gewann in der Schaffung eines eigenständigen EU-Kommissariats für Verbraucherfragen zum 1.1.2007 einen genuinen institutionellen Ausdruck[9].

2. Verbraucher-Leitbild

Der Europäische Gerichtshof hat bereits in seiner „Cassis de Dijon"-Entscheidung das Leitbild eines „mündigen Verbrauchers" zugrunde gelegt[10]. Die dortige Aussage wurde in der weiteren Rechtsprechung[11] und vor allem in den politischen Konzeptionen der EU-Kommission so weiter geführt, dass sich zumindest Grundzüge eines verbraucherpolitischen Leitbildes herauskristallisieren lassen. Leitbilder sind dabei (anzustrebende) Ideale und Orientierungsgrößen; sie

---

[7] Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007-2013, KOM (2007) 99 endg./2, S. 5.

[8] Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007-2013 (Fn. 7), S.11.

[9] Die erste Besetzung erfolgte durch die EU-Kommissarin *Meglena Kuneva* aus Bulgarien.

[10] EuGH, Rs. 120-78, Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649.

[11] EuGH, Rs. 27/80, Fietje, Slg. 1980, 3839; Rs. 261/81, Rau/de Smedt, Slg. 1982, 3961; Rs. 16/83, Prantl, Slg. 1984, 1299; Rs. 178/84, „Reinheitsgebot für Bier" (Kommission/Deutschland), Slg. 1987, 1227; Rs. C-362/88, GB-INNO, Slg. 1990, I-667; Rs. C-315/92, Clinique, Slg. 1994, I-317; Rs. C-470/93, Mars, Slg. 1995, I-1923; Rs. C-210/96, Gut Springenheide, Slg. 1998, I-4657. Aus dem Schrifttum hierzu *Brigitta Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV (Fn. 5), Art. 153 Rn. 12; *Rudolf Streinz*, Das neue Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes, in: C. Calliess/I. Härtel/B. Veit (Hrsg.), Neue Haftungsrisiken in der Landwirtschaft: Gentechnik, Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Umweltschadensrecht, 2007, S. 47 (50, 52); *ders.*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 772.

entsprechen daher bei allem Wirklichkeitsbezug nicht vollständig dem realen Käuferverhalten, sondern sind für den Konsumenten Verhaltensmaximen und für den Gesetzgeber wie für die Verwaltung notwendige Bezugspunkte ihres Handelns. Basis der europäisierten Verbraucherpolitik und darauf bezogener rechtlicher Regelungen ist der wohl informierte, verständige Verbraucher, der in der Lage ist, seine eigene Entscheidung zu treffen und Verantwortung dafür zu übernehmen.

Ansatzpunkt ist das Marktgeschehen. Hier treffen Anbieter/Produzenten und Nachfrager/Konsumenten zusammen, Ausgleichsmechanismus ist der Preis. Die Kaufentscheidungen der Konsumenten sind letztlich der Lenkungsmechanismus für die Produzenten, die nur bei einem Verkauf der Ware Gewinn machen können. Diese Konsumentensouveränität gilt aber nur bei einem idealen Marktgeschehen. In der realen Wirtschaft schafft sich das Angebot auch seine eigene Marktnachfrage, vor allem bei Marktmacht der Unternehmen. Der Staat muss dem über Wettbewerbsrecht, aber ebenso über die Schaffung von Schutzrechten für Konsumenten Grenzen setzen und so weit als möglich Marktgleichberechtigung[12] schaffen. In Bezug auf den Markt ist Verbraucherpolitik vor allem Schutzpolitik für den Konsumenten.

Allerdings geht eine moderne Verbraucherpolitik darin nicht auf. Der Begriff des auf dem Markt agierenden Nachfragers ist auf das Konsumieren von Waren beschränkt[13]. Im heutigen Verständnis des „mündigen Verbrauchers" schwingt dagegen auch das grundsätzliche Dasein des Bürgers mitsamt der dazu gehörigen Wertsphären und Verhaltensanforderungen mit. Der Anspruch an den Bürger als Verbraucher ist, ein vernunftgeleitetes Wesen zu sein und Entscheidungen nicht nur nach Nutzenkalkülen, sondern nach Vernunftgründen zu treffen. Deswegen benötigt er Informationen, die zu Wissen verarbeitet werden und letztlich zu Erfahrungen gerinnen. Ausreichende Informationen sind Voraussetzung von Urteilen und mündigen Entscheidungen, weshalb sie in der Verbraucherpolitik eine wichtige Rolle spielen. Als Subjekt hat der Bürger nicht nur Vernunft, sondern auch ein Wissen von sich. Der mündige Bürger zeigt sich deshalb nicht nur in den rationalen Entscheidungen[14], sondern entsteht überhaupt erst in den dazu gehörigen Auseinandersetzungs- und Bildungsprozessen[15]. Er entwickelt darin die Fähigkeit, sich selbst zu bestimmen – und das heißt: sich selbst führen zu können. Selbstbestimmung hat also als Ziel die Selbstverwirklichung im Bildungs-

[12] Bei Verbraucherschutzminister *Seehofer* wird dieser Teil des Leitbildes intoniert als: „der mündige Verbraucher auf Augenhöhe mit der Wirtschaft", s. u.a. BMELV, Pressemitteilung zum Deutschen Verbrauchertag 2007.

[13] Das zeigt sich auch noch bei der Begründung der EU-Verbraucherpolitik, die einen grenzüberschreitenden Einkauf ermöglichen und damit das Integrationsziel des einheitlichen Binnenmarktes sowie die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beschleunigen und sichern soll, vgl. Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007-2013 (Fn. 7), S. 10.

[14] Die Rolle von Gefühlen oder der Spontanität bei Kaufentscheidungen bedürfen hier ausgeklammerter weiterer Überlegungen.

[15] Die Verbraucherpolitik sollte deshalb zum Bildungskanon der Schulen gehören.

und Erfahrungsprozess. Sie ist letztlich die Umsetzung der inneren Möglichkeiten in Entscheidungen und Taten - die Grundbestimmung der personalen Subjektivität[16]. Der Bürger als mündiger Verbraucher kauft nicht nur Waren zur Lebenserhaltung. Vielmehr bestimmt er seine weitergehenden Lebensziele, seine normativen Maßstäbe, seine jeweiligen Lebensstile und damit seine Entscheidungen und Handlungen im Verbrauch wie als Verbraucher in seiner Stellung zur (Waren-) Welt.

Dabei ist Selbstbestimmung immer auch Wahlverhalten, Wahl bedeutet Freiheit. Diese Freiheit als Grundwert ist dabei nicht Willkür, sondern versteht sich als Auswahl aus Möglichkeiten, was hinsichtlich der Folgen für sich und andere verantwortet werden muss[17]. Mündige Verbraucher wählen daher nicht nur Produkte als Konsument zur reinen Bedürfnisbefriedigung, sondern beziehen Kriterien ihrer eigenen Lebensführung, aber auch Vorstellungen der Gesellschaft und des Gemeinwohls mit ein. Das Anwachsen des „nachhaltigen Konsums“[18] und des „moralischen Konsums“[19] sind ebenso aktuelle Beispiele dafür wie die Diskussion um Nährwertkennzeichnung, die Forderung nach ökologischen oder Sozialstandards in der gesamten Wertschöpfungskette oder die wachsende Zahl der Besucher von Verbraucherzentralen. Eine moderne Verbraucherpolitik unterstützt die eigenständige, souverän-selbstbestimmte Haltung des Verbrauchers so weit wie möglich. Rechtliche Absicherung und staatliche Eingriffe sind daher vor allem auf die Herstellung von notwendigen Schutzbestimmungen, die Förderung der Verbraucherautonomie, die Kompensation von unternehmensbezogener Marktmacht und die Gestaltung von Klagewegen zur Rechtsdurchsetzung gerichtet[20].

3. Praktischer Verbraucherschutz

Vor dem Hintergrund dieses Leitbildes einer modernen, gleichrangigen und integrierten Verbraucherpolitik erfolgt zumindest in der Tendenz die Gestaltung der konkreten rechtlichen Rahmenbedingungen im Rahmen der Europäischen Union. Man kann dabei differenzieren in die Bereiche des wirtschaftlichen, digitalen und gesundheitlichen Verbraucherschutzes.

---

[16] Siehe dazu *Christoph Menke*, Innere Natur und soziale Normativität. Die Idee der Selbstverwirklichung, in: H. Joas/K. Wiegandt (Hrsg.), Die kulturellen Werte Europas, 2005, S. 304 ff., hier v.a. S. 326 ff.

[17] S. dazu *Paul Kirchhof*, Menschenbild und Freiheitsrecht, in: R. Grote u.a. (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit, FS Christian Starck, 2007, S. 275 ff.

[18] S. dazu *Ulf Schrader/Ursula Hansen* (Hrsg.), Nachhaltiger Konsum. Forschung und Praxis im Dialog, 2001.

[19] Vgl. dazu *Nicolas Stehr*, Die Moralisierung der Märkte, 2007.

[20] Zur Rechtsetzung s. u.a. *Eva Kocher*, Funktionen der Rechsprechung, 2007; *Hans-W. Micklitz/Peter Rott/Ulrike Docekal/Peter Kolba*, Verbraucherschutz durch Unterlassungsklagen, 2007.

a) Wirtschaftlicher Verbraucherschutz

Die Steuerungsaufgabe der Märkte kann letztlich nur erfüllt werden, wenn die Verbrauchersouveränität gewährleistet ist. Der wirtschaftliche Verbraucherschutz sucht deswegen die Stellung des Verbrauchers auszugleichen und zu stärken, wenn situativ oder strukturell Unterlegenheit besteht oder Marktmissbrauch bis zum Marktversagen Verbraucher benachteiligt. Das geschieht durch rechtlichen Schutz – bis hin zur Einräumung besonderer Rechtspositionen[21], aber auch durch Schaffung von mehr Wettbewerb und dessen Aufsicht durch das Kartellamt. Überdies sichern mehr Informationen, gezielte Aufklärungsarbeit und die Herstellung von Transparenz die Möglichkeit mündigen Verbraucherverhaltens gerade angesichts von immer komplexeren Konsumentscheidungen. Zugleich wird so auch das angesichts des schnellen ökonomisch-sozialen Wandels das notwendige Vertrauen in die Wirtschaftsgüter gestärkt.

Die Europäisierung des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes lässt sich daran ablesen, dass in den letzten Jahren auf dieser Ebene rechtliche Regelungen getroffen wurden, die wichtige Bereiche des Alltags von Verbrauchern im europäischen Wirtschaftsverkehr berühren. Mit der so genannten Roaming-Verordnung[22] wurden beispielsweise Handy-Telefonate mit dem Ausland billiger, die Stärkung der Rechte von Fahrgästen wurde mit der EU-Verordnung über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr[23] und die der Fluggäste mit einer analogen Verordnung[24] angestrebt, und der Annäherung an einen einheitlichen europäischen Zahlungsraum (SEPA) diente die Zahlungsdienste-Richtlinie[25]. Diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ziehen rechtliche Regelungen im nationalen Rahmen nach sich, so dass der wirtschaftliche Verbraucherschutz der Mitgliedsländer, insbesondere das Zivilrecht, wesentlich durch EG-Richtlinien beeinflusst, geprägt und bestimmt ist. So wurde - als Beispiel - die Verbrauchsgüterkaufrichtli-

[21] Hierzu dienen unter anderem die Vorgaben des Verbrauchsgüterkaufs, die im Bürgerlichen Gesetzbuch niedergelegt sind.

[22] Verordnung (EG) Nr. 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.6.2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG (ABl. L 171/32).

[23] Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr (ABl. L 315/14). Diese Richtlinie wurde am 19.6.2007 im Trialog zwischen Europaparlament, Rat und Kommission im Rahmen des 3. Eisenbahnpaketes verabschiedet.

[24] Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (ABl. L 46/1).

[25] Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (ABl. L 319/1). Hiernach wird künftig jede grenzüberschreitende Zahlung innerhalb der EU wie eine Inlandszahlung behandelt.

nie der EG[26] in Deutschland dazu genutzt, nicht nur die Gemeinschaftsvorgaben umzusetzen in das Schuldrechtsmodernisierungs-Gesetz[27], sondern auch eine Reihe zivilrechtlicher Nebengesetze in das BGB zu integrieren, die ihrerseits die Umsetzung von EG-Richtlinien zum Ziel hatten, wie das Verbraucherkredit-Gesetz, das Gesetz über die allgemeinen Geschäftsbedingungen, den Fernabsatz, das Teilzeitwohnrechte-Gesetz oder das Haustürwiderrufs-Gesetz. Die Tatsache, dass EG-rechtliche Vorgaben die nationalstaatlichen Rechtsregelungen präformieren, zieht allerdings auch die aktuellen Fragen nach Mindest- oder Vollharmonisierung nach sich[28]. Zu beachten ist dabei jedoch, dass es eine Reihe von Beispielen gibt, die zeigen, dass umgekehrt auch das EG-Recht sich an nationalem Recht orientiert: So gaben die deutschen Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Vorbild ab für die EG-Klauselrichtlinie[29].

In zwei weiteren Bereichen gab es Fortschritte im wirtschaftlichen Verbraucherrecht auf europäischer Ebene. So konnte zum ersten unter der deutschen Ratspräsidentschaft im Mai 2007 eine politische Einigung im Rat hinsichtlich der Verbraucherkredite erreicht werden. Schwerpunkte der zur Überarbeitung anstehenden Verbraucherkreditrichtlinie von 1987, mit der ein hohes Niveau des Verbraucherschutzes in diesem Bereich sicher gestellt werden soll, sind u.a. die Anpassung des Rechtsrahmens an die neuen Verfahren der Kreditgewährung, die Verbesserung von Transparenz und Information sowie die Neugewichtung der Rechte und Pflichten von Kreditgeber und dem Verbraucher als Kreditnehmer[30]. Die reformierte Verbraucherkreditrichtlinie bedarf allerdings noch der Umsetzung.

Zum zweiten wurden seitens der Kommission - nicht zuletzt unter dem Druck der hohen Energiepreise und zu geringen Wettbewerbs auf den europäischen Energiemärkten - Vorschläge für eine Charta der Rechte der Energieverbraucher

---

[26] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171/12).

[27] Das Gesetz trat am 1.1.2002 in Kraft.

[28] Genau genommen schlägt das Grünbuch der Kommission drei Optionen vor: Erstens die vollständige Harmonisierung, zweitens eine Mindestharmonisierung mit gegenseitiger Anerkennung und drittens eine Mindestharmonisierung mit dem Ansatz des Ursprunglandes, s. Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz", KOM (2006) 744 endg., vom 8.2.2007.

[29] Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die europäische Rechtsetzung s. *Ines Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, Einf. Rn. 7 f. m.w.N.

[30] Zur Mitteilung der Kommission an das EP s.: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 251 Absatz 2 EG-Vertrag über den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkreditverträge, KOM (2007) 546. S. ebenso dazu die entsprechende Stellungnahme der Kommission: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, KOM (2007) 531 endg.; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2007) 528 endg.

der Öffentlichkeit vorgestellt. Energieverträge, Auskünfte, Preise, Schutz vor unlauteren Geschäftspraktiken oder wirksame Streitbeilegungsmechanismen waren darin ebenso zentrale Themenbereiche wie die Vorschläge in Bezug auf die Entflechtung der Energiekonzerne im Sinne einer wirklichen Markt-Liberalisierung[31]. Auf die zentrale Frage eigentumsrechtlicher Entflechtung der großen Energiekonzerne von den Netzbetreibern („ownership unbundling“) existieren inzwischen erste deutliche Reaktionen von betroffenen Verbund-Unternehmen. So gibt der Energiekonzern Eon seinen Widerstand gegen die Forderung der EU-Kommission nach einer eigentumsrechtlichen Abspaltung vom Stromnetz auf und prüft den Verkauf seines Hochspannungsnetzes[32]. Allerdings entspricht dies nicht dem Stand der aktuellen Energiepolitik der Bundesregierung, die sich strikt gegen die Aufspaltung von Energieproduktion und Leitungsnetze ausspricht. Insofern ist noch offen, inwieweit im Energiebereich die Interessen der Verbraucher berücksichtigt und ein angemessener wirtschaftlicher Verbraucherschutz gewährleistet werden kann.

Mit der Verbraucherpolitischen Strategie der EU 2007 – 2013, die den wirtschaftlichen Verbraucherschutz als Querschnittsaufgabe ansieht und den Verbraucher in den Mittelpunkt einer Bandbreite von Politik- und Wirtschaftsfeldern stellt, sollen weitere konkrete Verbesserungen erreicht werden. Dies geschieht ausdrücklich unter der Maßgabe, dass die europäischen Wachstums- und Beschäftigungsziele nur mit einem gut funktionierenden Binnenmarkt erreicht werden und eine Verbraucherpolitik auf hohem (Schutz-)Niveau eine weitere Binnenmarktintegration und einen stärkeren Wettbewerb auf den europäischen Märkten stimulieren kann. Dazu bedarf es der Sicherung und des Ausbaus von Qualität und Kohärenz[33] des gemeinschaftlichen Vertragsrechts im wirtschaftlichen Verbraucherschutz. Deshalb hat die EU-Kommission im Rahmen des Vorhabens „Europäisches Vertragsrecht und Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes“[34] mit einem Grünbuch[35] eine Bestandsaufnahme und Überprüfung des Verbraucherschutz-Acquis angeregt und eine Konsultationsrunde[36] mit den Mitgliedstaaten sowie Verbänden, Einrichtungen und Institutionen eröffnet. Damit verbunden ist eine Überprüfung von acht Schwerpunkt-Richtlinien im wirtschaft-

[31] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, KOM (2007) 531 endg.; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2007) 528 endg.

[32] S. dazu FAZ.NET vom 28.2.2008.

[33] Zur Qualität und Kohärenz der europäischen Rechtsetzung als Elemente der good governance und guten Rechtsetzung s. *Härtel,* Handbuch (Fn. 29), § 2 Rn. 2 ff.

[34] Vgl. Mitteilung der Kommission vom 11.10.2004 KOM (2004) 651 endg.

[35] S. Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz“ KOM (2006) 744 endg., vom 8.2.2007.

[36] Die Konsultationsrunde geht bis zum 15.5.2008.

lichen Verbraucherschutz mit dem Ziel einer Revision von Unzulänglichkeiten, Schwachstellen oder Widersprüchlichkeiten. Es handelt sich um die Bereiche: Haustürwiderruf, Pauschalreise, Timesharing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Preisangaben, Unterlassungsklagen sowie Verbrauchsgüterkauf. Darüber hinaus wurde seitens der EU-Kommission die Entwicklung eines gemeinsamen Referenzrahmens in Gang gesetzt[37]. Dabei sollen die jeweiligen Ergebnisse miteinander verzahnt und so eine höhere Harmonisierungskonvergenz erreicht werden[38]. Dadurch könnte der Rechtszersplitterung entgegengewirkt und eine höhere effektivere Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften erreicht werden. Wie auch immer die Grundausrichtung der Verbraucherpolitischen Strategie 2007-2013 der Europäischen Union aufgrund der Konsultationen und Diskussionen im Einzelnen ausgestaltet wird, ist noch offen. Deutlich wird aber schon heute, dass der wirtschaftliche Verbraucherschutz hinsichtlich der Stärkung von Verbraucherwohl und Verbraucherrechte einen Schub erfahren wird.

b) Digitaler Verbraucherschutz

Durch den digitalen Verbraucherschutz soll das Vertrauen des Verbrauchers in der digitalen Welt gestärkt werden[39]. Dies spielt in der heutigen Zeit eine besonders wichtige Rolle, denn durch die neuen Möglichkeiten der digitalen Welt kann nicht nur der Wohlstand gesteigert werden. Sie eröffnen zudem den Menschen einen immer größer werdenden Raum der Teilhabe am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben[40]. Durch umfassende Informationen soll dem Verbraucher ermöglicht werden, in diesem Bereich eigene Entscheidungen treffen zu können, was auch verlangt, dass wirkliche Handlungsalternativen zur Verfügung stehen[41].

Die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien umfassen dabei Bereiche wie den E-Commerce, die digitale Telekommunikation, Voice over IP,

---

[37] Common Frame of Reference (CFR), s. hierzu Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen" vom 11.10.2004 KOM (2004) 6651 endg. und Bericht der Kommission „Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen" vom 25.7.2007 KOM (2007) 447 endg.

[38] Die Kommission führt hier den Ansatz der „vollständigen Harmonisierung" fort, der auch schon der Verbraucherpolitischen Strategie 2002-2006 zugrunde lag. Danach sollen Rechtsvorschriften so gestaltet werden, dass kein Bedarf für spezifische nationale Rechtsvorschriften entsteht. Vgl. *Frank Schulz-Nieswandt/Remi Maier-Rigaud*, Gesundheits- und Verbraucherschutz, in: W. Weidenfeld/W. Wessels (Hrsg.), Jahrbuch der Europäischen Integration 2007, 2008, S. 145 (147).

[39] BMELV, Pressemitteilung Nr. 058 vom 15. März 2006, abrufbar unter www.bmelv.de/cln_045/nn_760478/DE/12-Presse/Pressemitteilung/2006/058-Weltverbrauchertag.html (Stand: 2.4.2008); hierzu auch *Tile von Damm/Jan Schallaböck*, Digitaler Verbraucherschutz – Kurzgutachten für das BMELV.

[40] Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Charta der Verbrauchersouveränität in der digitalen Welt, 2007, S. 1, abrufbar unter www.bmelv.de/nn_760478/SharedDocs/downloads/02-Verbraucherschutz/Telekommunikation/ChartaDig.html (Stand: 02.04.2008).

[41] BMELV, Charta (Fn. 40), S. 1.

das Digital Rights Management (DRM-Systeme), die Möglichkeiten der RFID-Technologie oder elektronische Kundenkarten, aber auch Blugs (Web 2.0) oder virtuelle Welten wie das Second Life.

Der Verbraucher muss in dieser digitalen Welt aber auch vor neuartigen Risiken, etwa durch den Missbrauch von Daten, geschützt werden[42]. Es müssen Vorgaben geschaffen werden, die einen hinreichenden Schutz der IT-Sicherheit und von persönlichen Daten gewährleisten[43]. Dabei dürfen Daten eines Verbrauchers nur nach der ausdrücklichen Genehmigung durch diesen erhoben, verarbeitet oder genutzt werden[44]. Ein Zugang zu den neuen digitalen Medien darf nicht unangemessen beeinträchtigt[45], Abhängigkeiten müssen vermieden[46] und ein Zugang für Menschen aller Bevölkerungsgruppen ermöglicht werden[47]. In diesem Bereich wird versucht, durch verschiedene Rechtsakte auf die Risiken zu reagieren. So werden beispielsweise durch die E-Commerce Richtlinie[48] oder die Fernabsatzrichtlinie[49] europäische Vorgaben geschaffen. Im nationalen Recht geben etwa das Bürgerliche Gesetzbuch in dem Bereich der Fernabsatzgeschäfte, das Telekommunikationsgesetz, das Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung gesetzliche Normen vor, die vor allem der Umsetzung des EG-Rechts dienen.

Die Europäische Kommission hat sich diesem Bereich angenommen und in einem Grünbuch 28 Vorschläge zur Klärung sowie Vereinfachung des geltenden Rechts, insbesondere für den Bereich des Online-Einkaufs, aufgeführt[50]. Zur Förderung der sicheren Nutzung des Internets und neuer Online-Technologien gibt es auch ein mehrjähriges EU-Gemeinschaftsprogramm von 2006[51]. Die Initiative will mehr Sicherheit im Internet erreichen. Die Endnutzer, vor allem die Kinder, sollen geschützt werden. Inhaltliche Schwerpunkte sind die Bekämpfung illegaler

[42] Das Problem stellt sich etwa durch Phising-Versuche oder bei dem ungewollten Zusenden von Spam-Mails. BMELV, Charta (Fn. 40), S. 1.

[43] Mit dem Thema der Sicherung der Identität in der digitalen Welt beschäftigte sich auch kürzlich eine Konferenz des BMELV.

[44] BMELV, Charta (Fn. 40), S. 3.

[45] Dies betrifft unter anderem den Einsatz von DRM-Systemen, die nicht zu einem unangemessenen unflexiblen Umgang mit legal erworbenen Inhalten führen dürfen.

[46] Solche Abhängigkeiten können neben vertraglichen Vereinbarungen etwa dadurch entstehen, dass ein Produkt in gewisser Weise von einem anderen Produkt zwingend abhängt.

[47] BMELV, Charta (Fn. 40), S. 3 f.

[48] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (ABl. L 178/1).

[49] Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz – Erklärung des Rates und des Parlaments zu Artikel 6 Absatz 1 (ABl. L 144/19).

[50] Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007-2013 (Fn. 7), S. 11.

[51] KOM (2006) 661 endg.

und unerwünschter wie schädlicher Inhalte, die Förderung eines sicheren Umfelds und die Sensibilisierung für den Umgang mit dem Internet[52].

Viele rechtliche Regelungen werden von der EU-Kommission angestoßen, vorbereitet und dann in das nationale Recht umgesetzt. So zielt die Initiative Europäische Informationsgesellschaft „i2010"[53] u.a. darauf ab, alle Menschen der Europäischen Union in die Informationsgesellschaft einzubeziehen. Dies ist auch ein wichtiges Anliegen der Bundesregierung. Auf dem EU-Programm baut auch das Aktionsprogramm zur IKT-Politik der Bundesregierung „iD2010 – Informationsgesellschaft Deutschland 2010" auf, das im Oktober 2006 vom Kabinett verabschiedet wurde. Dort wurden u.a. folgende Maßnahmen angekündigt, die sukzessive rechtlich umgesetzt worden sind: Verbesserung des Verbraucherschutzes im Telekommunikationsgesetz; Bußgeldtatbestand für die Zusendung von Spam-Mails. Gerade die Bekämpfung von Spam-Mails wiederum ist ein Beispiel dafür, dass gleichzeitige Initiativen auf europäischer und nationaler Ebene sinnvoll und erforderlich sind.

Wichtige Punkte, der im Zusammenhang mit den neuen digitalen Medien stehen, dort aber mehr den Bereich des Sicherheits- und Ordnungsrechts als den Verbraucherschutz betreffen, sind die Online-Durchsuchung und die Vorratsdatenspeicherung. Letztere geht auf eine EG-Richtlinie zurück[54]. Das Bundesverfassungsgericht hat sich kürzlich zu beiden Bereichen geäußert. Eine Online-Durchsuchung hat es nur unter besonders hohen Voraussetzungen zugelassen[55]. Eine Vorratsdatenspeicherung ist grundsätzlich möglich. Allerdings darf nur bei besonders schwerwiegenden Straftaten auf die Daten zurückgegriffen werden[56].

c) Gesundheitlicher Verbraucherschutz

Zum gesundheitlichen Verbraucherschutz gehören Informationen über Waren und Dienstleistungen in Gesundheitsmärkten, Hinweise über den Umgang mit spezifischen Krankheiten (wie die weit verbreiteten Allergien)[57], aber auch Aufklärung über Zustände und Leistungen beispielsweise in Pflegeheimen und Kliniken.

---

[52] Verschiedene deutsche Initiativen bauen auf den europäischen auf, z.B. „klicksafe".

[53] KOM (2007) 146 endg.

[54] Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG (ABl. L 105/54).

[55] Das Bundesverfassungsgericht prägt dabei den Begriff „Grundrecht auf die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme". Entscheidung des BVerfG vom 27. Februar 2008 (Online Durchsuchung), abrufbar unter: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html (Stand: 2.4.2008).

[56] Entscheidung des BVerfG vom 11. März 2008 (Vorratsdatenspeicherung), abrufbar unter: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080311_1bvr025608.html (Stand: 2.4.2008).

[57] S. das vom BMELV eröffnete Informations- und Aufklärungsportal zu Allergien (www.aktionsplan-allergien.de).

In erster Linie bildet das Lebensmittelrecht den Schwerpunkt rechtlicher Regelungen des gesundheitlichen Verbraucherschutzes. Angesichts der gewachsenen und weiter wachsenden Bedeutung dieses Rechtsgebietes wird darauf im Folgenden exemplarisch Bezug genommen. Lebensmittelrecht ist hauptsächlich öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, während andere verbraucherschutzbezogene Rechtsmaterien zum Privatrecht gehören. Im Rahmen seiner Schutzfunktion für Mensch und Tier ist das Lebensmittelrecht ein Teil der Ordnungsverwaltung, da es um die Abwehr von Gefahren und die Risikovorsorge geht.

II. Begriff und Ziele des Lebensmittelrechts

Die traditionellen Ziele des Lebensmittelrechts bestehen im Schutz des Verbrauchers vor Gesundheitsschäden sowie vor Täuschung und Irreführung[58]. Die Verwirklichung beider Ziele setzt die entsprechende Information des Verbrauchers voraus. Hinzu kommt daher die Gewährleistung der Verbraucherinformation als drittes Ziel. Daneben bezieht Art. 5 EG-Lebensmittelbasisverordnung[59] weitere Schutzgüter ein, u.a. auch die Tiergesundheit, den Tierschutz, den Pflanzenschutz und die Umwelt. Zur Verwirklichung dieser Ziele gibt es im EG-Recht eine Vielzahl von Vorschriften, die den Verkehr mit Lebensmitteln mit Blick auf Herstellung, Zusammensetzung und Kennzeichnung betreffen.

Maßgeblich für den Begriff des Lebensmittelrechts ist die Frage, was rechtlich unter Lebensmittel zu verstehen ist. Eine Legaldefinition findet sich in Art. 2 Abs. 2 EG-Lebensmittelbasisverordnung. Danach sind Lebensmittel „alle Stoffe und Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden. Dazu zählen auch Getränke, Kaugummi sowie alle Stoffe – einschließlich Wasser –, die dem Lebensmittel bei seiner Herstellung oder Ver- oder Bearbeitung absichtlich zugesetzt werden.“ Nicht zu den Lebensmitteln gehören Futtermittel, lebende Tiere, soweit sie nicht für das Inverkehrbringen zum menschlichen Verzehr hergerichtet worden sind, Pflanzen vor dem Ernten, kosmetische Mittel, Tabak und Tabakerzeugnisse, Betäubungsmittel und psychotrope Stoffe, Rückstände und Kontaminanten sowie Arzneimittel (Art. 2 Abs. 3 EG-VO).

Das Hauptproblem bei der Zuordnung eines Produktes zum Lebensmittelbegriff ist die Abgrenzung zwischen Lebensmitteln und Arzneimitteln. Im EG-Recht wie im deutschen Recht besteht zwischen Lebensmitteln und Arzneimitteln ein Verhältnis der Alternativität. Ein Produkt ist entweder Arzneimittel oder Lebens-

---

[58] *Streinz*, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (Fn. 11), S. 47 (49).

[59] Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31/ 1).

mittel. In der Praxis treten häufig Abgrenzungsprobleme zwischen Lebens- und Arzneimitteln auf, so beispielsweise bei zahlreichen Kräutertees, die zugleich einerseits pharmakologische, therapeutische und andererseits lebensmitteltypische Eigenschaften aufweisen, da sie dem Genuss und der Erfrischung dienen. Ferner ist dies der Fall bei Vitamin- und Mineralstoffpräparaten, bei Pflanzenextrakten wie Ginseng, Knoblauch oder Johanniskraut, die bei pharmakologisch relevanter Dosierung arzneilichen Zwecken dienen, oder aber auch z.B. bei Mineralwässer, die als Heilwässer Arzneimittel mit Erfrischungs- und Nähreffekten sein können. Die Abgrenzung von Lebensmittel und Arzneimittel ist von großer ökonomischer und rechtlicher Relevanz. So gilt im Lebensmittelrecht grundsätzlich das Missbrauchsprinzip, wonach Lebensmittel ohne Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen, allerdings dabei den rechtlichen Anforderungen des Gesundheitsschutzes und des Verbraucherschutzes genügen müssen. Beim Missbrauch können sie verboten werden oder zumindest Auflagen angeordnet werden. Hingegen gilt im Arzneimittelrecht grundsätzlich das Verbotsprinzip, wonach das Inverkehrbringen eines Produkts verboten ist, sofern es nicht ausdrücklich erlaubt ist (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Die erforderlichen Zulassungsverfahren sind mithin zeitaufwendig und kostenintensiv. Da das Verbotsprinzip zu Eingriffen in Grundrechte führt, insbesondere in die Berufsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit, bedarf es einer besonderen Rechtfertigung. Es muss zu Zwecken des (vorbeugenden) Gesundheitsschutzes erforderlich sein. In besonderen Fällen greift auch im Lebensmittelrecht das Verbotsprinzip, so für Zusatzstoffe (Vitamine, Mineralstoffe), für Novel Food und nach der Health-Claims-Verordnung[60] auch für gesundheitsbezogene Werbung. In neuerer Zeit wird das Verbotsprinzip immer stärker in das Lebensmittelrecht einbezogen. Auch andere strenge Maßstäbe aus dem Arzneimittelrecht fließen in das Lebensmittelrecht hinein, so dass schon von einer „Verarzneimittelrechtlichung“ des Lebensmittelrechts die Rede ist[61].

Die Abgrenzung von Lebensmitteln und Arzneimitteln wird in Rechtsprechung und Schrifttum seit langem diskutiert. Dabei bildet insbesondere die Legaldefinition von Arzneimitteln den Ausgangspunkt, und zwar jetzt nach Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel. Danach sind „Arzneimittel“ „alle Stoffe oder Stoffzusammensetzungen, die als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder zur Verhütung menschlicher Krankheit bestimmt sind“ (sog. Präsentationsarzneimittel) oder „die im oder am menschlichen Körper verwendet oder einem Menschen verabreicht werden können, um entweder die menschlichen physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen oder eine medizinische Diagnose zu erstellen“ (sog. Funktionsarzneimittel). Nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie

---

[60] Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (ABl. L 12/3).

[61] So in der Diskussion auf dem 21. Deutschen Lebensmittelrechtstag im März 2008 in Wiesbaden.

2001/83/EG ist in Zweifelsfällen, in denen ein Erzeugnis sowohl dem Arzneimittel- als auch dem Lebensmittelbegriff zugeordnet werden kann, das Arzneimittelrecht anzuwenden. Da die Richtlinie keine Kriterien aufstellt, wann ein Zweifelsfall vorliegt, entschärft Art. 2 Abs. 2 RL 2001/83/EG nicht wirklich das Abgrenzungsproblem. Hervorzuheben ist an dieser Stelle die jüngste Entscheidung des EuGH zu Knoblauchkapseln[62]. Er hat klargestellt, dass Stoffe als Arzneimittel nach ihrer Funktion eingestuft werden. So sei es nicht ausreichend, dass ein Erzeugnis Eigenschaften besitze, die der Gesundheit im Allgemeinen förderlich seien, sondern es müsse tatsächlich die Funktion der Verhütung oder Heilung besitzen.

In einigen Bereichen hat der Gemeinschaftsgesetzgeber die Abgrenzungsproblematik durch spezielle Regelungen zu bestimmten Produkten entschärft, indem er jene Produkte den Lebensmitteln zugeordnet hat, jedoch unter Festlegung besonderer Anforderungen. Dies betrifft etwa diätische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel. Mit Blick auf diese Sonderregelungen und die Neuerungen durch die Health-Claims-Verordnung und die Entwicklungen der funktionellen Lebensmittel (functional food)[63] wird sogar diskutiert, ob neben den beiden Kategorien Lebensmittel und Arzneimittel sich eine neue dritte Kategorie „Gesundheitsmittel" etablieren sollte[64].

III. Zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für das Lebensmittelrecht

1. Primärrecht

Auch wenn das Wort „Lebensmittel" im EG-Vertrag nicht auftaucht, zählt das Lebensmittelrecht zu den am stärksten „vergemeinschafteten" Materien[65]. Hauptgrund dafür sind die Bestimmungen über den freien Warenverkehr (Art. 28/30 EGV), der ein Kernstück des Binnenmarktes bildet. Unterschiedliche Standards im Gesundheits- und Verbraucherschutzrecht in den Mitgliedstaaten führen zu Handelshemmnissen, die jedoch unter bestimmten Voraussetzungen sowie mit Blick auf die „immanenten Schranken" im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des

---

[62] EuGH, Urt. v. 15.11.2007 – Rs. C-319/05, ZLR 2008, S. 48 ff.

[63] Functional Food sind Nahrungsmittel, die mit zusätzlichen Inhaltsstoffen (Nahrungsergänzungsmitteln) angereichert werden, die einen positiven Effekt auf die Gesundheit haben sollen. Dazu gehören z.B. Omega-3-angereicherte Produkte und vitaminisierte Lebensmittel vom Joghurt bis zum Sport- und Wellnessdrink.

[64] S. etwa *Christian Calliess*, Lebensmittel – Gesundheitsmittel – Arzneimittel, Paper vom 21. Lebensmittelrechtstag, 6./7.3.2008, S. 10-12.

[65] *Rudolf Streinz*, § 24 Lebensmittel- und Arzneimittelrecht, in: R. Schulze/M. Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, 2006, Rn. 22.

EuGH[66] gerechtfertigt sein können. Insbesondere aufgrund der Cassis-Rechtsprechung entwickelte sich das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, wonach Lebensmittel, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig im Verkehr sind, im jeweils anderen Mitgliedstaate grundsätzlich anzuerkennen sind, selbst wenn sie dem mitgliedstaatlichen Lebensmittelrecht nicht entsprechen[67]. Sofern eine gegenseitige Anerkennung nicht ausreicht, sind die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Weise anzugleichen. Dies erfolgte bislang insbesondere auf der Grundlage der Harmonisierungskompetenz zur Herstellung des Binnenmarktes (Art. 95 EGV), ggf. ergänzt durch Art. 308 EGV[68].

Einige lebensmittelrechtlich relevante EG-Verordnungen stützen sich indes auf die Kompetenz zur Verwirklichung der gemeinsamen Agrarpolitik (Art. 37 Abs. 2 UAbs. 3 EGV), so die Verordnung über den ökologischen Landbau[69] oder die Verordnung zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel[70]. Einschlägig sind ferner die limitierten Beitragskompetenzen der EG[71] für die Gesundheitspolitik (Art. 152 EGV) und die Verbraucherpolitik (Art. 153 EGV)[72]. Die Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus (Art. 152 Abs. 1 EGV) und der Verbraucherschutz (Art. 153 Abs. 2 EGV) bilden Querschnittsaufgaben, die bei allen anderen Gemeinschaftspolitiken zu berücksichtigen sind.

2. Sekundärrecht

Nach der „neuen Strategie“ von 1985[73] sollte auf Vorschriften über die Zusammensetzung einzelner Produkte (sog. vertikale Harmonisierung) verzichtet wer-

---

[66] EuGH, 20.2.1979, Rs. 120-78, Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649.

[67] Dieses Prinzip ist deklaratorisch in § 54 LFGB verankert (früher in § 47a des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes).

[68] *Streinz*, Arzneimittelrecht (Fn. 65), § 24, Rn. 1.

[69] Verordnung (EWG) Nr. 2092 des Rates über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen und Lebensmitteln vom 24.6.1991 (ABl. Nr. L 198/3). Neue Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates vom 28. Juni 2007 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2092/91 (ABl. Nr. L 189/1), s. hierzu *Ines Härtel*, Biologische Vielfalt zwischen Nachhaltigkeit und Nutzung – der Beitrag des ökologischen Landbaus in seiner rechtlichen Ausgestaltung, in: ZUR 2008, S. 233 ff.

[70] Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 des Rates vom 14.7.1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (ABl. Nr. L 208/1).

[71] D.h., dass die Kompetenz der EG ausdrücklich auf die Ergänzung der Tätigkeit der Mitgliedstaaten beschränkt wird.

[72] Im Bereich der Gesundheitspolitik sind z.B. die Schutzmaßnahmen gegen BSE ergangen. Vgl. Verordnung (EG) Nr. 999/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 mit Vorschriften zur Verhütung, Kontrolle und Tilgung bestimmter transmissibler spongiformer Enzephalopathien (ABl. Nr. L 147/1), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄnderVO (EG) 1292/2005 vom 5.8.2005 (ABl. Nr. L 205/3).

[73] Programm der Kommission „Neuer Impuls für die Politik zum Schutz der Verbraucher“, KOM (85) 314.

den, was hinsichtlich bestehender Richtlinien nicht gelang, die nicht aufgehoben, sondern fortentwickelt wurden (so z.B. Richtlinien über Kakao- und Schokoladenerzeugnisse, Zucker, Honig, Fruchtsäfte etc.). Die Harmonisierung sollte sich vielmehr auf „allgemeine Fragen", die alle Lebensmittel betreffen, beschränken (sog. horizontale Harmonisierung). Dazu gehören die allgemeinen Regeln über die Aufmachung und Etikettierung von Lebensmitteln, über den Gesundheitsschutz (Hygiene, Zusatzstoffe) sowie die Lebensmittelüberwachung.

Schon bald wurden auf diesen Gebieten Richtlinien erlassen (z.B. 1989 bzw. 1994/95 die Zusatzstoffrahmenrichtlinie[74], 1989 die Richtlinie über die amtliche Lebensmittelüberwachung[75]). Später folgten auch Verordnungen (z.B. 1997 die sog. Novel Food Verordnung[76]). Jene Rechtsakte sind fortentwickelt und ergänzt worden, so z.B. durch die Verordnungen über gentechnisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel aus dem Jahre 2003[77].

Der Harmonisierung des Lebensmittelrechts fehlte ein Gesamtkonzept. Die Zersplitterung des EG-Lebensmittelrechts führte zur Forderung nach einem allgemeinen Rahmen des gemeinschaftlichen Lebensmittelrechts. Gebraucht wurde eine Rahmenregelung, die für die EG einheitliche Grundbegriffe („Lebensmittel", „Inverkehrbringen"), einheitliche Schutzkonzepte (Gesundheitsschutz, Verbraucherschutz, Verbraucherinformation) enthält[78].

Erlassen wurde daher im Jahre 2002 die Verordnung zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (sog. Basisverordnung)[79]. Die Basisverordnung verfolgt einen ganzheitlichen Ansatz der Lebensmittelherstellungskette „vom Erzeuger zum Verbraucher", „vom Stall zum Tisch", „from fark to fork". Damit werden Futtermittel als erstes Glied in der Nahrungskette verstanden (siehe

---

[74] Richtlinie 89/107/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Zusatzstoffe, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen (ABl. L 40/27); Richtlinie 94/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1994 zur Änderung der Richtlinie 89/107/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Zusatzstoffe, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen (ABl. L 237/1).

[75] Richtlinie 89/397/EWG des Rates vom 14. Juni 1989 über die amtliche Lebensmittelüberwachung (ABl. L 186/23).

[76] Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten (ABl. L 43/1).

[77] Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel (ABl. L 268/1); Verordnung (EG) Nr. 1830/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2003 über die Rückverfolgbarkeit und Kennzeichnung von genetisch veränderten Organismen und über die Rückverfolgbarkeit von aus genetisch veränderten Organismen hergestellten Lebensmitteln und Futtermitteln sowie zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG (ABl. L 268/24).

[78] *Streinz*, Arzneimittelrecht (Fn. 65), § 24 Rn. 40.

[79] Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (Fn. 59); siehe dazu *Alfred Hagen Meyer/Rudolf Streinz*, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch. Verordnung (EG) Nr. 178/2002, 2007; *Streinz*, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (Fn. 11), S. 52 ff.

Art. 3 Nr. 1 BasisVO). Dementsprechend werden das Lebensmittel- und Futtermittelrecht miteinander verbunden[80]. Grund für diesen Ansatz ist vor allem, dass einige Lebensmittelskandale (so bei BSE) von Futtermitteln ausgegangen sind[81].

Zu den allgemeinen Grundsätzen des Lebensmittelrechts gehören nach der EG-Basisverordnung (Kapitel II, Art. 4-21) vor allem die allgemeinen Ziele des Gesundheitsschutzes und des Verbraucherschutzes (Art. 5), die Grundsätze der Risikoanalyse (Art. 6), das Vorsorgeprinzip (Art. 7), die allgemeinen Verpflichtungen für den Lebensmittelhandel (Art. 11-13), die Anforderungen an die Lebens- und Futtermittelsicherheit (Art. 14-15), das Prinzip der Rückverfolgbarkeit in allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen (Art. 18) sowie die Meldepflicht des Lebensmittel- und Futtermittelunternehmers, wenn er „erkennt", dass ein von ihm eingeführtes, erzeugtes, verarbeitetes oder vertriebenes Lebensmittel sowie Futtermittel den Anforderungen an die Lebensmittel- oder Futtermittelsicherheit nicht entspricht (Art. 18-19). Den Schutz der Verbraucherinteressen definiert Art. 8 EG-Basisverordnung als Ziel des Lebensmittelrechts. Dieses muss den Verbrauchern die Möglichkeit bieten, in Bezug auf die Lebensmittel, die sie verzehren, eine sachkundige Wahl zu treffen. Dabei müssen verhindert werden: Praktiken des Betrugs oder der Täuschung, die Verfälschung von Lebensmitteln und die sonstigen Praktiken, die den Verbraucher irreführen können.

Die EG-Basisverordnung bedarf als Verordnung wegen ihrer unmittelbaren Geltung in jedem Mitgliedstaat an sich keiner „Umsetzung". In ihrem Teil 1 wäre jedoch die Handlungsform der Richtlinie, die ursprünglich auch geplant war, adäquat gewesen. Sie bedarf daher der Ergänzung durch nationales Recht, das seinerseits der Basisverordnung angepasst werden muss[82]. In Deutschland ist dies durch das Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch im Jahre 2005[83] geschehen.

Auch nach Erlass der Basisverordnung entwickelt sich das Lebensmittelrecht rege weiter. So erging im Jahre 2006 die EG-Verordnung über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, die so genannte Health-Claims-Verordnung[84]. Diese regelt umfassend den Gebrauch von Werbeaussagen in der

---

[80] Der ganzheitliche Ansatz spiegelt sich auch in verschiedenen anderen EG-Rechtsakten wider (dazu ausführlicher vgl. *Olaf Wrede*, Das europäische Futtermittelrecht, 2004, S. 229 f.).

[81] S. dazu *Europäische Kommission*, Weißbuch zur Lebensmittelsicherheit, KOM (1999) 719 endg.; *Rudolf Streinz*, Was bleibt vom LMGB?, in: ZLR 2000, S. 803 ff.; *ders.*, Trends und Perspektiven des Europäischen Lebensmittelrechts im Zeichen des „Grünbuchs" und der Mitteilung der EG-Kommission „Gesundheit der Verbraucher und Lebensmittelsicherheit", in: ZLR 1988, S. 145 (165 ff.).

[82] *Rudolf Streinz*, Europäisierte Lebensmittelaufsicht: Aufgaben, Instrumente und Rechtsschutzprobleme, in: J.-P. Schneider/J. Schwarze/P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung, EuR Beiheft 2, 2005, S. 7 (11).

[83] Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel und Futtermittelgesetzbuch – LFGB) vom 01.09.2005 (BGBl. S. 2618, 3007), Neubekanntmachung am 26.4.2006 (BGBl. I S. 945), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.2.2008 (BGB. I S. 215).

[84] Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (ABl. L 12/3). S. hierzu *Manja Epping*, Die Health-Claims-Verordnung auf der Zielgerade – eine erste kritische Auseinander-

EG, durch die einem Lebensmittel hinsichtlich dessen Nährwert oder dessen Bedeutung für die Gesundheit oder Ernährung besondere Eigenschaften zuerkannt werden. Beispielhaft sind hier Aussagen wie „fettarm“, „zuckerfrei“ und „hoher Proteingehalt“ oder „Calcium stärkt den Knochen“ zu nennen. Inhaltliche Vorgaben für die Gestaltung der Lebensmittel enthält die Verordnung nicht. Stattdessen wurden so genannte Nährwertprofile eingeführt. Um bestimmte nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben tragen zu dürfen, müssen die entsprechenden Lebensmittel spezifische Nährwertprofile aufweisen. Zudem unterliegt der Gebrauch gesundheitsbezogener Angaben einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt[85]. Dabei erfasst der Regelungsbereich der Verordnung nur Lebensmittel, die als solche an den Endverbraucher abgegeben werden. Außerdem gilt die Verordnung nur für freiwillige Angaben. Durch diese einheitliche Regelung in den Mitgliedstaaten soll zum einen das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes gewährleistet und zum anderen ein hohes Verbraucherschutzniveau geboten werden.

Wie die Kennzeichnung der Lebensmittel im Einzelnen auszusehen hat, ist noch nicht entschieden. Diskutiert wurde ein Ampelmodell mit drei Grundfarben. Grün sollte bedeuten, das Produkt enthält eine niedrige Menge eines ungesunden Bestandteils, orange besagt, das Lebensmittel enthält eine mittlere Menge, und rot, dass eine hohe Menge eines kritischen Inhaltsstoffs vorhanden ist. Dieses Vorgehen hat beispielsweise Bundeslandwirtschaftsminister *Seehofer* jedoch strikt abgelehnt. Die Bewertung der Lebensmittel erfolge so nicht hinreichend differenziert im Hinblick auf das Ziel einer richtungsgebenden Information, und zum anderen widerspreche dies dem Leitbild des mündigen Verbrauchers[86]. Favorisiert wird inzwischen eine farblich unterlegte differenzierte Form mit Nährwertangaben bezogen auf den durchschnittlichen Tagesbedarf eines Menschen.

Am 30.01.2008 veröffentlichte die Kommission einen Entwurf für eine neue EG-Verordnung über die Lebensmittelkennzeichnung[87]. Durch die geplante Verordnung sollen bestehende Regelungen des EG-Kennzeichnungs-rechts (die Etikettierungsrichtlinie 2000/13/EG und die Nährwertkennzeichnungsrichtlinie 90/496/EWG) neu geordnet werden und neue Bestimmungen hinzutreten. So müssen z. B. wichtige nährwertbezogene Informationen auf der Packungsvorder-

setzung mit den praktischen Problemen eines Kompromissvorschlags, in: WRP 2006, 830 ff.; *Ingo Jung*, Die Health Claims Verordnung – Neue Grenzen gesundheitsbezogener Werbung für Lebensmittel, in: WRP 2007, 389 ff.; *Andreas Meisterernst/Bernd Haber*, Neues Recht der Lebensmittelwerbung, in: WRP 2007, 363 ff.

[85] S. zu diesen Ausführungen: *Benedikt Buchner/Markus Rehberg*, Wann ist der Verbraucher ein „mündiger“ Verbraucher? Zur Diskussion um die Nutrition & Health Claims-Verordnung der EU, in: GRUR Int 2007, S. 394 (396 f.).

[86] Vgl. AGRAR-EUROPE 10/08, Länderberichte 1.

[87] Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats über die Lebensmittelkennzeichnung, KOM (2008) 40 endg.

seite erscheinen. Darunter fallen u.a. der Kalorienwert sowie die enthaltene Menge an Fett, Zucker und Salz.

Insgesamt ist auffällig, dass früher im gemeinschaftlichen Lebensmittelrecht[88] die Richtlinie die dominierende Rechtsetzungsform war, während in letzter Zeit zunehmend Verordnungen erlassen worden sind.

IV. Konsequenzen für das deutsche Lebensmittelrecht

Aus alledem folgt, dass sich die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für das Lebensmittelrecht immens verdichtet haben. Europäische Vorgaben kommen dabei quasi nicht von außen auf die Bundesrepublik Deutschland zu. Vielmehr gestaltet die Bundesregierung den europäischen Prozess mit. Im Allgemeinen setzt sich die Bundesregierung bereits auf europäischer Ebene für ein hohes Verbraucherschutzniveau ein, das sich anschließend auch auf nationaler Ebene auswirkt. Zugleich bemüht sich die Bundesregierung bei vielen Verbraucherschutzinitiativen darum, nationalen Spielraum zu erhalten, um dort, wo es sinnvoll ist, auch über europäische Vorgaben hinaus gehen zu können. Schon aus diesem Grunde ist eine Maximalharmonisierung im europäischen Verbraucherschutz nicht immer von Vorteil.

Sofern jedoch EG-Recht gesetzt worden ist, bestehen für den nationalen parlamentarischen Gesetzgeber nur noch wenige Regelungsspielräume. Schätzungen zufolge geht man davon aus, dass das Lebensmittelrecht mittlerweile zu 80% europäisiert ist. Rein nationales Lebensmittelrecht wird z.B. noch im Wesentlichen das künftige Verbraucherinformationsgesetz enthalten[89], dessen Ausfertigung Bundespräsident *Köhler* mit Verweis auf die Föderalismusreform im Jahr 2006 zunächst verweigert hatte. Mittlerweile hat die Novellierung des Verbraucherinformationsgesetzes den Bundestag und den Bundesrat passiert, und auch der Bundespräsident hat dem überarbeiteten Entwurf am 8.11.2007 zugestimmt. Alle von Köhler beanstandeten Stellen wurden geändert[90]. Das Gesetz tritt am 1.5.2008 in Kraft.

---

[88] Abgesehen vom Marktordnungsrecht und Weinrecht, vgl. *Streinz*, Arzneimittelrecht (Fn. 65), § 24 Rn. 57 in Fn. 118.

[89] Das individuelle Recht des Verbrauchers gegen Behörden auf Information geht nicht auf EG-Recht zurück. Diese Regelungen sind kein europäisiertes Recht. Lediglich die Vorschriften zur Information der Öffentlichkeit konkretisieren EG-Recht. Die Vorschriften im Verbraucherinformationsgesetz vertiefen § 40 LFGB. Dieser wiederum dient der Konkretisierung der Art. 9, 10 EG-Lebensmittelbasisverordnung.

[90] Beanstandet waren mehrere Stellen des alten Gesetzesvorschlages, die wegen eines Verstoßes gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG unzulässig gewesen sein sollen. Vgl. www.bmelv.de/cln_044/nn_751678/DE/02-Verbraucherschutz/VIG/VIG__neu.html__nnn=true. Hierzu auch *Friedrich Schoch*, Verfassungswidrigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf Kommunen, in: DVBl. 2007, 261 ff.

Die Europäisierung des Rechts bringt für den nationalen Gesetzgeber verschiedene Herausforderungen mit sich. So ist er nicht nur verpflichtet, EG-Recht rechtzeitig und richtig umzusetzen, sondern er ist auch angehalten für eine „gute" Rechtsetzung Sorge zu tragen[91]. Bei den Maßstäben für „gute" Gesetze lässt sich eine eher politische und eine eher gesetzestechnische Dimension unterscheiden. Mit Blick auf die gesetzestechnischen Anforderungen für ein gutes Gesetz gibt es in der Literatur weitgehende Einigkeit. Im Wesentlichen werden verlangt: Beständigkeit, Klarheit, Bestimmtheit, Kohärenz[92] bzw. Wahrung der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.

Am Lebensmittelrecht wird – wie auch an anderen Rechtsbereichen – deutlich, dass der europäische Rechtsetzungsverbund nicht nur institutionell besteht, sondern sich insbesondere auch in der Normgestaltung manifestiert. So gehört es bereits zur gängigen Regelungstechnik des deutschen Gesetzgebers, dass er in Gesetzen auf EG-Rechtsakte verweist. Ein Paradebeispiel dafür bildet das neue Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch von 2005, das verschiedene EG-Rechtsvorschriften in Bezug nimmt[93], hauptsächlich die EG-Basisverordnung von 2002. Wer also mit dem deutschen Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch arbeitet, muss stets den Text der EG-Basisverordnung daneben liegen haben. Für die zunehmenden Verweisungen sind einleuchtende Gründe, wie vor allem die Höherrangigkeit des EG-Rechts, anzuführen. Allerdings erschweren sie die Rechtsanwendung erheblich.

IV. Kooperative Verantwortungsverteilung in der europäischen Mehrebenenverwaltung

Das Lebensmittelrecht ist nicht nur Ausdruck des Rechtsetzungsverbundes, sondern auch des Verwaltungsverbundes. Dieser zeichnet sich durch verschiedene Formen kooperativer Verantwortungsverteilung in der europäischen Mehrebenenverwaltung aus. Zwar besteht noch eine organisatorische Trennung der europäischen und der mitgliedstaatlichen Verwaltung als auch der Vorrang des mitgliedstaatlichen Vollzugs des Europarechts fort. Allerdings ist die Eigenverwaltung der EG in den letzten Jahren ganz erheblich ausdifferenziert worden[94]. Zudem sind in Verwirklichung des europarechtlichen Kooperationsprinzips die organisatorisch getrennten Ebenen der europäischen Mehrebenenverwaltung funktional

[91] S. zur „guten" Rechtsetzung *Härtel*, Handbuch (Fn. 29), § 2.

[92] *Jörg Ennuschat*, Wege zur besseren Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle, in: DVBl. 2004, 986 (987 f.).

[93] Verschiedene Verweisungstypen werden sichtbar. Zum Problem der pauschalen Verordnungsermächtigungen s. *Ines Härtel*, Demokratie im europäischen Verfassungsverbund, in: JZ 2007, S. 431 ff.

[94] Ausführlicher *Gernot Sydow*, Verwaltungskooperation, 2004, S. 63 ff. m.w.N.

im Interesse einer effektiven Gemeinschaftsverwaltung vielfältig durch Kooperation verflochten[95]. Die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Behörden untereinander und mit der Kommission wird als unentbehrliches Instrument für die wirksame und einheitliche Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in der gesamten Gemeinschaft angesehen. Erst Zusammenarbeit ermöglicht die effektive und einheitliche Vollziehung des EG-Rechts in allen Mitgliedstaaten trotz divergenter nationaler Verwaltungsrechtsordnungen und Verwaltungstraditionen[96].

Aufgezeigt werden im Folgenden einige Kooperationselemente im Rahmen des mitgliedstaatlichen Vollzugs, des transnationalen Vollzugs und des Direktvollzugs von Gemeinschaftsrecht[97].

Der mitgliedstaatliche Vollzug des EG-Rechts[98] ist heute eingebunden in zahlreiche Strukturformen realen Kooperationshandelns, das vielfältig verflochten ist und zwischen den mitgliedstaatlichen Verwaltungen und der Kommission erfolgt. Dies gilt allgemein und speziell für das europäisierte Lebensmittelrecht. Für den Vollzug des EG-Lebensmittelrechts sind in Deutschland grundsätzlich die Länder zuständig[99]. Der Europäischen Kommission kommt grundsätzlich lediglich eine Überwachungsfunktion hinsichtlich der Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu. Dabei wird sie vor allem durch das Lebensmittel- und Veterinäramt („Dubliner Behörde“) als kommissionseigener Inspektionsdienst unterstützt. Die Inspektoren prüfen die Kontrollsysteme in den besuchten Staaten, führen aber auch bei Lebensmittelproduzenten selbst Inspektionen durch[100]. Mit Blick auf die Wahrnehmung der Aufsichtsrechte der Kommission bestehen Berichtspflichten der Mitgliedstaaten.

In einzelnen Bereichen können sogar nationale Verwaltungsakte unmittelbare Rechtswirkungen in sämtlichen Mitgliedstaaten entfalten. Das Lebensmittelrecht kennt den so genannten „transnationalen Verwaltungsakt“[101] für die Zulassung

---

[95] *Eckard Pache*, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, in: VVDStRL 66 (2007), S. 106 (112).

[96] *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, S. 383; *Pache*, Verantwortung (Fn. 95), S. 117.

[97] Systematisierung nach *Pache*, Verantwortung (Fn. 95), S. 128.

[98] Beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht im deutschen Bundesstaat stellt sich die Frage nach den Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes auf die Vollzugstätigkeit der Länder und nach den möglichen Arten des Zusammenwirkens oder der Verflechtungen beider Ebenen. S. dazu *Pache*, Verantwortung (Fn. 95), S. 123.

[99] Art. 30, Art. 83 ff. GG bzw. – beim unmittelbaren Vollzug von Gemeinschaftsrecht – Art. 83 ff. GG analog. Eine – quantitativ freilich sehr bedeutsame – Ausnahme besteht für das Marktordnungsrecht, da dafür der Bund von seiner Kompetenz zur Errichtung selbstständiger Bundesoberbehörden (Art. 87 Abs. 3 GG) Gebrauch gemacht hat.

[100] *Streinz*, Arzneimittelrecht (Fn. 65), § 24 Rn. 8, 60 in Fn. 12, 122.

[101] Hierzu *Gernot Sydow*, Europäisierte Verwaltungsverfahren – Teil 2, in: JuS 2005, S. 202 ff.; *Bernhard W. Wegener*, Das neue deutsche Gentechnikrecht in der Landwirtschaft – Zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in Deutschland, in: Calliess/Härtel/Veit (Hrsg.), Haftungsrisiken (Fn. 11), S. 79 (86); Zum Rechtsschutz s. *Matthias Herdegen*, Europarecht, 9. Aufl. 2007, § 11 Rn. 49, S. 226 f.

von Produkten mit gentechnisch veränderten Organismen nach der EG-Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG. Nach deren Art. 19 Abs. 1 dürfen die von einer mitgliedstaatlichen Behörde – nach Zustimmung der Kommission zugelassenen Produkte „ohne weitere Anmeldung in der gesamten Gemeinschaft verwendet werden“[102]. Der Rechtsschutz gegen solche „transnationalen“ Verwaltungsakte (etwa zugunsten von Wettbewerbern oder im Dienste des Umweltschutzes) richtet sich gegenwärtig ausschließlich nach dem Prozessrecht des Mitgliedstaats, dessen Behörde die jeweilige Entscheidung erlassen hat[103].

In Teilbereichen des Lebensmittelrechts obliegt der Vollzug des Lebensmittelrechts der EG selbst (unmittelbarer Vollzug). Zuständig dafür ist die Kommission, die dabei von dezentralen Einrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit unterstützt wird. So ist die Kommission in bestimmten Fällen zuständig für die Produktzulassung von Novel Food und gentechnisch veränderten Lebensmitteln[104]. Der Rechtsschutz gegen ablehnende wie gegen stattgebende Entscheidungen erfolgt nicht vor nationalen, sondern allein vor europäischen Gerichten, konkret vor dem Gericht erster Instanz.

Bei der Zulassung von Novel Food und gentechnisch veränderten Lebensmitteln entscheidet die Kommission zusammen mit Vertretern der Mitgliedstaaten im sog. Regelungsausschussverfahren[105]. Sie wird dabei vom Ständigen Ausschuss für die Lebensmittelkette und Tiergesundheit unterstützt[106]. Die wissenschaftliche Beratung und die wissenschaftliche und technische Unterstützung für die Rechtsetzung und Politik in allen Bereichen des Lebensmittelrechts ist Aufgabe der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit[107], mit ihrem Sitz in Parma. Bei der EFSA handelt es sich um keine „Behörde“ im Sinne der Terminologie des deutschen Verwaltungsrechts, da sie keine Verwaltungsmaßnahmen im Außenverhältnis zum Bürger erlässt, sondern um eine EG-Agentur mit eigener Rechtspersönlichkeit des Typs Regulierungsagentur[108], da sie die Kommission als das eigentliche Exekutivorgan durch Stellungnahmen und Empfehlungen, die die

[102] Die jeweils nicht federführenden mitgliedstaatlichen Behörden und die Europäische Kommission sind allerdings im Genehmigungsverfahren zu beteiligen. Bei fortdauernden Meinungsunterschieden können sie einen Divergenzentscheid der Kommission erzwingen (s. *Wegener*, Gentechnikrecht [Fn. 101], S. 87).

[103] *Herdegen*, Europarecht (Fn. 101), § 11 Rn. 49.

[104] Die Genehmigungen ergehen in Form einer Entscheidung im Sinne des Art. 249 EGV und zwar als personengerichtete Entscheidung, die nach deutschem Verständnis einem Verwaltungsakt entspricht.

[105] Art. 7 und 19 VO 1829/2003/EG i.V.m. Art. 5 des Komitologie-Beschlusses 1999/468/EG, s. hierzu auch *Wegener*, Gentechnikrecht (Fn. 101), S. 86. Zur Komitologie s. *Härtel*, Handbuch (Fn. 29), § 11 Rn. 22 ff.

[106] Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 (Novel Food-VO); Art. 35 der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 (VO über gentechnisch veränderte Lebensmittel).

[107] EBLS – European Food Safety Agency – EFSA.

[108] Zu den verschiedenen Typen der EG-Agenturen s. *Ines Härtel*, Die Europäische Grundrechteagentur, erscheint in: EuR 2008 (III. Begriffe und Typologie der europäischen Agenturen).

fachliche und wissenschaftliche Basis für deren Entscheidungen sein sollen, unterstützen soll[109]. Dabei soll die EFSA mit den korrespondierenden Stellen der Mitgliedstaaten eng zusammenarbeiten.

VI. Fazit und Ausblick

Obgleich in völkerrechtlicher Tradition das Recht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht als zwei eigenständige Rechtsordnungen betrachtet werden, sind beide eng verzahnt. Besonders das Verbraucherschutz- und Lebensmittelrecht ist Ausdruck des europäischen Rechtsetzungsverbundes und Verwaltungsverbundes. Normative Orientierung ist für das gesamte Mehrebenensystem das Leitbild eines wohlgeordneten Rechts. Die Suche nach der Ordnung des Rechts und die Stärkung der Ordnungskraft des Rechts sind Aufgabe einer europäischen Rechtsetzungslehre und einer europäischen Verwaltungsrechtswissenschaft. Beide haben ihre Fundierung in den politischen Vorgaben und rechtlichen Beschlüssen der Europäischen Gemeinschaft und deren Umsetzungen in den Mitgliedstaaten. Übergeordnetes Ziel ist dabei das Erreichen einer größeren Binnenintegration. Darauf sind die unterschiedlichen Politikfelder der Europäischen Union letztlich ausgerichtet, was sich jüngst trotzt aller Kompromisse auch am Vertrag von Lissabon zeigt. Das wird besonders deutlich am europäischen Verbraucherrecht, welches sich im Laufe der Jahrzehnte und besonders seit Entwicklung des Europäischen Binnenmarktes zu einem eigenständigen, wichtigen Bereich der europäischen Rechtsetzung mit integrativer Wirkung entwickelt hat. Die Europäisierung des Verbraucherschutzrechts kommt dabei einerseits paradigmatisch in der Entfaltung eines verbraucherpolitischen Leitbildes zum Ausdruck, das vom mündigen Bürger als Verbraucher ausgeht und seinen institutionellen Niederschlag in einem eigenständigen Kommissariat gefunden hat. In der inhaltlichen Ausführung bleibt dieses Leitbild freilich ökonomisch fundiert und funktional an den Binnenmarkt gebunden, zu dessen Weiterentwicklung die europäische Verbraucherpolitik beitragen soll. Andererseits ist in den drei Bereichen des wirtschaftlichen, digitalen und gesundheitlichen Verbraucherschutzes eine Vielzahl praktischer Regelungen für die alltäglichen Rechtsbeziehungen zu verzeichnen. Gerade in den letzten Jahren ist der Rechtsfortschritt im Verbraucherschutz besonders deutlich geworden. Auf diesen Befund verweist auch die Entwicklung des Lebensmittelrechts als einen bedeutungsvollen Teil der Verbraucherpolitik.

Die Europäisierung des Lebensmittelrechts ist schon weit fortgeschritten und liefert damit ihren Beitrag zur Integration der Mitgliedstaaten, die besonders mit den jüngsten Erweiterungsrunden gefordert ist. Freilich warten auch hier weitere Herausforderungen, wenn man beispielsweise an die neuen Entwicklungen der

---

[109] *Streinz*, Arzneimittelrecht (Fn. 65), § 24 Rn. 61.

Lebensmittelindustrie denkt wie z.B. functional food. Ebenso zieht die Globalisierung durch vernetzte Agrarmärkte und weltweite Wertschöpfungsketten der Lebensmittelerzeugung neue Anforderungen an rechtlicher Gestaltung nach sich. Ein erster Ansatz hierzu ist der Codex Alimentarius von der Welternährungsorganisation FAO und der Weltgesundheitsorganisation WHO, der erstmalig international gültige Standards für Lebensmittelsicherheit und -produktqualität setzt. Im Rahmen der WTO hat er durch eine Rechtsverweisung eine spezifische Aufwertung erfahren.

Nicht nur der Fortschritt der europäischen Integration, sondern auch die globalisierten Wirtschaftsstrukturen und der wissenschaftlich technische Fortschritt machen die besondere Notwendigkeit eines integrierten europäischen Verbraucherschutz- und Lebensmittelrechts deutlich. Denn das erste Ziel für alle Staaten muss der Schutz von Leben und Gesundheit des Menschen in Freiheit sein. Dem hat das Recht zu dienen.

Die Europäisierung des Verbraucherschutzes durch das Lebensmittelrecht

Mihály Kurucz

I. Einführung

Ernährung und die Sicherheit der (Versorgung mit) Lebensmittel(n) sind elementare Grundbedürfnisse des Menschen. Deshalb ist das Lebensmittelrecht ein sensibler Bereich der öffentlichen Sicherheit. Der Verbraucherschutz im Lebensmittelrecht umfasst den gesamten Bereich dieser Sicherheitsproblematik. Die wichtigsten Elemente der Lebensmittelsicherheit und des Lebensmittelrechts lassen sich anhand der Verbraucherschutzproblematik gut darstellen und analysieren.

Allerdings bilden der Verbraucherschutz im und die Europäisierung des Lebensmittelrechts ein sehr diffuses und weites Rechtsgebiet, das in diesem Referat aus Platzgründen nicht vollumfänglich behandelt werden kann. Deshalb konzentriere ich mich auf die Europäisierung des Verbraucherschutzes durch das Lebensmittelsicherheitsrecht. Dabei fokussiert sich der Beitrag auf die öffentlich-rechtlichen und gleichzeitig schutzrelevanten Instrumente des Lebensmittelrechts und lässt den allgemeinen Verbraucherschutz, die privatrechtlichen Aspekte des Lebensmittelrechts sowie die allgemeinen Fragen des öffentlich-rechtlichen Lebensmittelrechts außer Acht.

Im ersten Teil der Ausführungen werden die grundlegenden Ziele und Zwecke des Lebensmittelrechts behandelt. Den wichtigsten Elementen des Regelungsmodells des gemeinschaftlichen Gesetzgebers wird der zweite Teil gewidmet. Endlich beschäftigt sich der Beitrag mit dem ungarischen Normenharmonisierungsprozess vor und nach dem Beitritt zur Europäischen Union.

1. Grundlagen und Zielsetzungen des neu gefassten Lebensmittelrechts

Bei Betrachtung des auf den Basisverordnungen[1] und Richtlinien beruhenden gemeinschaftlichen Lebensmittelrechts lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass dieses die Ausrichtung der Detailvorschriften des mitgliedstaatlichen Lebensmittelrechts bestimmt. Folglich ist das Lebensmittelrecht deutlich europäisiert, den Mitgliedstaaten verbleibt lediglich ein kleiner Regelungsspielraum. Auf Basis dieser Erkenntnis könnten die hiesigen Ausführungen schon ihr Ende finden.

Allerdings ist der Gegenstand des vorliegenden Beitrags richtigerweise so zu verstehen, dass der Frage nachgegangen wird, wie der Verbraucherschutz durch das Lebensmittelrecht europäisiert worden ist und welche Rechtsbereiche hiervon erfasst sind. Daher müssen wir zunächst nach den Leitgedanken und Grundlagen der Gesetzgebung im Nahrungsmittelrecht suchen. Danach können wir – in diesem Zusammenhang – die den Zielsetzungen dienenden Instrumente des Lebensmittelrechts vorstellen.

Den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung bilden somit die Zielsetzungen der Lebensmittelregelungen. Bei der Analyse der gemeinschaftlichen Basisverordnungen lassen sich drei Hauptziele sowie eine untergeordnete, aber stark hauptzielgebundene Zwecksetzung erkennen.

Es sind dies: erstens, der Gesundheitsschutz bzw. der Schutz des Wohlergehens der Bürger der Europäischen Union;

zweitens, der Abbau der Hemmnisse beim Handel mit Lebens- und Futtermitteln im Binnenmarkt;

drittens, die Aufrechterhaltung der Vielfältigkeit der traditionellen Lebensmittel und Rezepturen in den Mitgliedstaaten – durch horizontale Regelungen.

Schließlich bildet die Sicherung der umweltfreundlichen und auf ethische Art und Weise erfolgenden Lebensmittelerzeugung eine vierte Zwecksetzung. Lebensmittel sollen umweltfreundlich und unter Wahrung ethisch angemessener Lebensbedingungen der Nutztiere hergestellt werden.

---

1 In diesem Beitrag werden als Basisverordnungen im Lebensmittelrecht folgende zwei EU-Verordnungen angesehen: VO Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31, S. 1 ff. sowie VO Nr. 882/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung des Lebensmittel- und Futtermittelsrechts sowie der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz, ABl. 2004 Nr. L 165, S. 1 ff.

Aufgrund dieser Zielsetzungen ist festzuhalten, dass Aufgabe des Lebensmittelrechts die Aufrechterhaltung bzw. Zurückgewinnung des Vertrauens der Verbraucher aber auch der Hersteller in die im Binnenmarkt gehandelten Lebensmittel ist. Dies setzt die Transparenz der Lebensmittelerzeugung in ihren einzelnen Stufen sowie eine zuverlässige Information über den Inhalt und die Eigenschaften von Lebensmitteln voraus. Letzteres bedingt das Verbot der Täuschung und Irreführung der Verbraucher und Hersteller.

Allgemeiner Leitgedanke der gemeinschaftlichen Lebensmittelpolitik ist demzufolge die Aufrechterhaltung des öffentlichen Vertrauens in die Lebensmittelsicherheit[2].

Um die Faktoren des Verbraucherschutzes im Lebensmittelrecht benennen zu können, müssen zunächst die schutzwürdigen Interessen der Verbraucher festgestellt werden.

Nahrungsmittel haben unterschiedliche physiologische, chemische und biologische (Nähr-)Werte für die Verbraucher, die in Abhängigkeit von deren Empfindlichkeit die Gesundheit beeinflussen (können)[3]. Die menschliche und tierische Gesundheit betreffende, sicherheitsbezogene Vorgaben sind von primärer Bedeutung für das Gesundheitswesen und bilden daher ein schutzwürdiges Interesse. Der Anspruch auf genaue und richtige Informationen über Lebensmittel ist ein ebenso schutzwürdiges Interesse, weil er dem Wohlergehen des Verbrauchers dient.

Demgegenüber gibt es auch weniger schutzwürdige subjektive Interessen, die wie die verschiedensten Sitten und Geschmäcker sowie die speziellen Nährwertansprüche die Vielfalt der Auswahlmöglichkeiten betreffen.

Da insbesondere die erstgenannte, das Freisein von Gesundheitsgefährdungen betreffende Interessengruppe vom nahrungsmittelsicherheitsrechtlichen Gesichtspunkt als schutzwürdiges Interesse beurteilt werden kann, konzentriert sich die Analyse im Weiteren auf die Fragen der Lebensmittelsicherheit. Zur Darstellung der Europäisierung dieses Rechtsbereichs muss die gesamte Erzeugungskette in Betracht genommen werden. Der Verbraucherschutz umfasst sämtliche Erzeugungsstufen vom Zustand des landwirtschaftlich genutzten Grundes über die Produktion bis hin zum Verzehr.

Im Verkehr müssen die Schutzwirkungen auf alle in der EU gekauften Lebensmittel unabhängig von ihrem Ort der Erzeugung erstreckt werden. Lebensmittel müssen daher auch als letztes Produkt in der Erzeugungskette zurückverfolgt werden können.

Diese Anforderung wird in der Literatur und Rechtsprechung als Grundsatz „vom Feld bis zum Tisch“ benannt. Aufgrund dieser Leitgedanken lässt sich die Neuordnung des europäischen gemeinschaftlichen Nahrungsmittelrechts nach-

---

[2] Mitteilung der Kommission zur Gesundheit der Verbraucher- und Lebensmittelsicherheit, KOM/97/0183 endg.

[3] Zum Beispiel sog. Saccharase-, Laktose- und Fruktoseempfindlichkeit.

vollziehen, die die Lebensmittelsicherheit eng mit ihren Nachbargebieten, insbesondere mit der Futtermittelsicherheit, verknüpft.

Diese augenfällige Erkenntnis der Lebensmittelwissenschaft ist natürlich keine neue. Die Notwendigkeit einer Neuordnung der gemeinschaftlichen Regelungsmethodik wurde jedoch erst aufgrund der großen Lebensmittelskandale der vergangenen Jahre erkannt. Diese Skandale (z.B. Rinderwahnfälle und Dioxinvergiftung) und ihre Konsequenzen (z.B. Exportverbot, Zwangsschlachtung) haben die Verkehrsfähigkeit der europäischen Lebensmittel enorm beeinträchtigt und das Vertrauen sowohl in diese als auch in die Europäische Union untergraben. Es wurde der Eindruck unentschlossener europäischer Organe vermittelt. Daher ist nicht verwunderlich, dass die Gesundheitsgefährdungen durch Lebensmittel befürchtenden Verbraucher auf mitgliedstaatlicher Ebene eine Renationalisierung des Lebensmittelschutzes sowie auf europäischer Ebene Verkehrsverbote verlangt haben[4].

Aufgrund dieser Krisen hat das Lebensmittelrecht allerdings eine bis dahin nicht gekannte Aufmerksamkeit erfahren. Die Ursache für die späte Reaktion der Gemeinschaftsorgane liegt wahrscheinlich in der (irrigen) Befürchtung von Kostenerhöhungen bei der Erzeugung und beim Vertrieb von Lebensmitteln.

Selbstverständlich haben sicherheitsrechtliche Vorschriften und Beschränkungen aber auch Betriebskosten erhöhende Wirkungen, die sich auf die Wettbewerbsfähigkeit der Marktsubjekte, insbesondere in der Erzeugungsphase, auswirken. Weniger leistungsfähige kleinere Unternehmen, insbesondere Agrarbetriebe, können sich schwerlich oder gar nicht an die neuen Gegebenheiten anpassen. Dadurch kann es zu Umwälzungen in der Struktur des Lebensmittelmarktes kommen. Ein etwaiges Oligopol der Großunternehmen kann den Wettbewerb verzerren.

2. Die Verbindung des Gesundheits- und des Verbraucherschutzes in gemeinsamen Politiken

Es ist auffallend, dass die gemeinschaftliche Strategie für Gesundheits- und Verbraucherschutz[5] gleichzeitig auf das gemeinsame und auf das jeweilige einzelne Gebiet (Gesundheitswesen oder Verbraucherschutz) bezogen wird. Das Gesundheitswesen und der Verbraucherschutz haben daher als zwei sich teilweise überschneidende Gebiete zu gelten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Schutz vor Risiken und die integrierten Gesundheits- und Verbraucherschutzinteressen.

---

4 Vgl. die am 5. Oktober 1999 vor dem europäischen Parlament gehaltene Rede von Kommissionspräsident *Prodi*, abrufbar unter http://europa.eu.int/rapid/start/cgi,guesten.ksh?p_action.gettxt.

5 Am 6. April 2005 veröffentlichte die Kommission das Programme of Community action in the field of health and consumer protection, welches für den Zeitraum von 2007 bis 2013 gelten soll. Vollstreckende Maßnahmen erfolgen auf Basis der VO Nr. 2006/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden.

Die gemeinschaftliche Strategie verbindet die eigentlich getrennten Politiken des Gesundheitswesens und des Verbraucherschutzes. So vereinigen sich die im EG-Vertrag definierten Zielsetzungen[6] und Aufgaben, um maximale Vorteile erreichen zu können.

Die gemeinschaftliche Strategie beruht damit auf drei Pfeilern[7], deren erster die gemeinsamen Zielsetzungen des Gesundheitswesens und des Verbraucherschutzes umfasst, deren zweiter die Zielsetzungen des Gesundheitswesens und deren dritter die Zielsetzungen des Verbraucherschutzes definiert.

Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf die im Lebensmittelrecht geregelte Frage, wie durch Verbote, Genehmigungen und Vorschriften der Schutz sowohl des Erzeugers als auch des Verbrauchers in der Lebensmittelerzeugungskette gewährleistet wird. Außer Betracht bleiben daher die allgemeinen Fragen des Verbraucherschutzes. Analysiert werden nur die lebensmittelsicherheitlichen Aspekte des öffentlichen Rechts.

II. Die Neuordnung der Lebensmittelverordnung als Grundlage des Nahrungsmittelsicherheitsrechts

Bei genauer Betrachtung der Lebensmittelschutzproblematik wird deutlich, dass als Ursache der diesbezüglichen Europäisierung nicht die Bekämpfung von bzw. Vorbeugung vor grenzüberschreitenden Gesundheitsgefährdungen anzusehen ist. Die Europäisierung des Lebensmittelrechts hat keine selbstständige Ursache. Eher waren rein praktische Erwägungen bestimmend. Der freie Verkehr mit Lebens- und Futtermitteln in der Gemeinschaft ist nur möglich, wenn die Anforderungen der Lebensmittelsicherheit sowie die Wettbewerbsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht wesentlich voneinander abweichen. Die Bekämpfung gren-

6 Vgl. Art. 152 und 153 EGV.

7 Die gemeinschaftliche Strategie arbeitet neben dem Gesundheitswesen (zweiter Pfeiler) und dem Verbraucherschutz (dritter Pfeiler) separat auch spezielle Ziele heraus, von denen auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes folgende vier definiert sind:

„besseres Verständnis von Verbrauchern und Märkten"; diese Zielsetzung steht in enger Verbindung mit der Entwicklung der Märkte und trägt zur Überwachung und Auswertung der Verbraucherinteressen bei.

„bessere Regelung des Verbraucherschutzes"; diese Zielsetzung ist durch Regulierungs-, Rechtssetzungs- und andere initiative Maßnahmen zu verwirklichen. Sie beinhaltet das bessere Verständnis der mitgliedstaatlichen Verbraucherpolitiken und sichert die Einbeziehung der Verbraucher in die Festlegung der Verbraucherschutzpolitiken auf Gemeinschaftsebene.

„bessere Rechtsdurchsetzung, Überwachung und Rechtsmittel"; zu dieser Zielsetzung gehören auch die Überwachung und Auswertung der nicht als Lebensmittel qualifizierten Produkte sowie die Auswertung des außergerichtlichen Streitbeilegungssystems.

„besser informierte und gebildete Verbraucher"; zu dieser Zielsetzungskategorie gehören jene Tätigkeiten, deren vordergründiger Zweck die Information und Bildung der Verbraucher ist. Dies geschieht in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten und den Verbraucherorganisationen.

züberschreitender Gefährdungen ist somit eher notwendige Konsequenz dieser Europäisierung.

Der Europäisierungsprozess des Lebensmittelrechts kann bereits heute auf eine bewegte Vergangenheit zurückblicken. So waren – um den reibungslosen Verkehr im Binnenmarkt zu gewährleisten – verschiedenste Ideen bestimmend bei der Europäisierung: die Harmonisierung durch vertikale aber auch durch horizontale Richtlinien.

Zunächst hat der gemeinschaftliche Gesetzgeber das Lebensmittelrecht allein mit vertikalen Richtlinien[8], später auch mit horizontalen Richtlinien[9] geregelt. Die vertikalen Richtlinien dienen der Angleichung einzelstaatlicher Vorschriften für einen umgrenzten Produktbereich. Die horizontalen Richtlinien regeln allgemeine Tatbestände, die mehrere oder alle Lebensmittel betreffen (können).

Schließlich hat der gemeinschaftliche Gesetzgeber anstelle der ursprünglich angestrebten Richtlinie und der damit einhergehenden weichen Angleichung des mitgliedstaatlichen Rechts die unmittelbar anwendbare Rechtsform der Verordnung gewählt, um ein einheitliches Nahrungsmittelrecht zu erreichen.

Jedoch musste zur Anpassung des nationalen Rechts an das gemeinschaftliche Recht eine Übergangsfrist von fünf Jahren eingeräumt werden. Bis zum Abschluss der Anpassung fanden daher die (bisher) geltenden Vorschriften unter Berücksichtigung der in der Verordnung geregelten Grundsätze Anwendung[10].

Ungarn will das nationale Lebens- und Futtermittelrecht durch ein Lebens- und Futtermittelgesetzbuch an die Verordnung 2002/178/EG zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts anpassen. Das ungarische Landwirtschaftsministerium möchte noch dieses Jahr die Vorbereitung eines entsprechenden Gesetzentwurfs zur Neuordnung des Lebens- und Futtermittelrechts beenden und diesen der Regierung vorlegen.

Die Neuordnung durch die Lebensmittelverordnung ist bereits anhand der Definition des Begriffs des Lebensmittelrechts ersichtlich[11]. Danach umfasst das Lebensmittelrecht nicht nur die Vorschriften über Lebensmittel (im engeren Sinne), sondern auch diejenigen über die Futtermittelkette, soweit diese die Lebens-

8 Z.B. die Richtlinien des Rates betreffend Honig 74/409/EWG, Schokolade 73/241/EWG, Fruchtsäfte 75/726/EWG, Milch und Trockenmilch 76/118/EWG: die sog. Euro-Rezept-Idee.

9 Z.B. die Richtlinie für konservierende Stoffe 68/420/EWG; die Richtlinien über Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln vom 18.12.1978. Insoweit wird unterschieden zwischen sog. optionalen, totalen und partiellen – z.B. betreffend die Zusatzstoffe (89/107/EWG) – Richtlinien.

10 Gemäß Art. 64 ist die Lebensmittelverordnung Nr. 178/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 am 21.2.2002 in Kraft getreten. Die Anpassung des nationalen Lebensmittelrechts musste lediglich bis 2007 erfolgen.

11 Anhand der Definition des Lebensmittelrechtsbegriffs ist eine gewisse Neupositionierung zu erkennen: Gemäß Art. 3 Nr. 1 der Verordnung 2002/178/EG bezeichnet der Begriff „Lebensmittelrecht" im Sinne der Verordnung „die Rechts- und Verwaltungsvorschriften für Lebensmittel im Allgemeinen und die Lebensmittelsicherheit im Besonderen, sei es auf gemeinschaftlicher oder auf einzelstaatlicher Ebene, wobei alle Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen von Lebensmitteln wie auch von Futtermitteln, die für der Lebensmittelgewinnung dienende Tiere hergestellt oder an sie verfüttert werden, einbezogen sind".

mittelsicherheit betrifft. Es werden die Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufe[12], die Lagerung und Beförderung sowie die Abgabe an den Endverbraucher erfasst. Die wichtigste Veränderung betrifft dabei die Regelung des Verhältnisses der einzelnen Stufen der Futtermittelherstellungskette zum Nahrungssicherheitsrecht. Anstelle voneinander getrennter Rechtsakte wurde das Futtermittelrecht als Teilgebiet des Lebensmittelrechts miterfasst. Das Futtermittelrecht wird damit zum Gegenstand des Lebensmittelrechts[13], soweit die Futtermittel einen nachteiligen Effekt auf die Lebensmittelsicherheit haben können[14]. Die Lebensmittelsicherheit umfasst daher auch die unter dem Gesichtspunkt des Lebensmittelschutzes relevanten Gebiete des allgemeinen Futtermittelschutzes, der Veterinärmedizin, des Tierschutzes, der Lebensmittelhygiene und der chemischen Lebensmittelgifte. Der Anwendungsbereich des Lebensmittelrechts erstreckt sich zudem nicht nur unmittelbar auf die Lebensmittelskette, sondern mittelbar auch auf das entfernte Rechtsgebiet des Wasserrechts[15].

Diese Vereinheitlichung umfasst natürlich nicht alle Bereiche der Lebensmittelherstellungskette. Für die Abgrenzung zwischen den Begriffen Futter- und Lebensmittel ist zunächst auf die Zweckbestimmung abzustellen. Lebensmittel sind alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie ... von Menschen aufgenommen werden[16]. Dies trifft auf Futtermittel regelmäßig nicht zu. Wenn ein Erzeugnis sowohl als Futtermittel als auch zum menschlichen Verzehr verwendet werden kann, fehlt es an einer allgemeinen Zweckbestimmung, sodass auf die konkrete Zweckbestimmung abzustellen ist. Soweit vermutet werden kann, dass das Erzeugnis in der Lebensmittelkette Gefahren und damit Gesundheitsrisiken verursachen kann, ist es als Lebensmittel ansehen.

Nicht erfasst werden zudem die Rechtsgebiete der allgemeinen Bodennutzung und des Bodenschutzes, des Wasserhaushaltes sowie des Pflanzen- und Tierschutzes[17] und umweltschutzrelevante Fragen[18].

---

12 Art. 3 Nr. 16 VO 2002/178/EG.

13 Bereits das Grünbuch über die allgemeinen Grundsätze des Lebensmittelrechts in der Europäischen Union vom 30. April 1997 nennt als eines der Hauptziele des gemeinsamen Lebensmittelrechts: die gesamte Nahrungskette in die Lebensmittelregelung einzubeziehen. Zwar wollte die Generaldirektion Industrie die Urprodukten aus der Nahrungskette ausklammern, jedoch hat sich die Generaldirektion Landwirtschaft dahingehend durchgesetzt, dass die Hauptziele des gemeinschaftlichen Lebensmittelrechts die gesamte Produktionskette umfassen müssten. Vgl. Europäischer Rat von Luxemburg, Anlage II, zu Schlussfolgerungen des Vorsitzes; Bulletin EU 12-1997, S. 20.

14 Regelungen des Futtermittelrechts unterfallen daher nur dann dem Lebensmittelrecht, wenn sie Auswirkungen auf die Lebensmittelsicherheit haben.

15 Denn Wasser wird als Lebensmittel beurteilt und – wie andere Lebensmittel auch – vom menschlichen Körper unmittelbar oder mittelbar aufgenommen und trägt daher zur Gesamtexposition des Verbrauchers gegenüber aufgenommenen Stoffen einschließlich chemischer und mikrobiologischer Kontaminanten bei.

16 Vgl. Art. 2 der VO 2002/l78/EG.

17 Vgl. Verordnung Nr. 2003/1831/EG.

18 S. Richtlinien 96/25/EG; 2000/16/EG.

III. Die wichtigsten Instrumente des gemeinschaftlichen Lebensmittelrechts

Dem Lebensmittelrecht steht eine Vielzahl von Instrumenten zur Erreichung seiner Zwecke zur Verfügung, die auf sechs, auf gemeinschaftlicher Ebene geregelten Pfeilern ruhen.

Der erste Pfeiler regelt die den Marktzugang regelnden Instrumente, der zweite formuliert die Kontrollinstrumente, der dritte beinhaltet die Vollzugsinstrumente und das Krisenmanagement, der vierte regelt den Informationsfluss durch Informationsvernetzung, der fünfte definiert die Rückverfolgbarkeit und der sechste berührt die Produkthaftungsregelung[19].

Dieser Beitrag konzentriert sich im Wesentlichen auf drei besondere Aufmerksamkeit verdienende Pfeiler: die den Marktzugang regelnden und die Kontrollinstrumente sowie die Rückverfolgbarkeitsproblematik.

1. Die Marktzugang regelnden Instrumente

Das europäische Lebensmittelrecht geht grundsätzlich von der Verkehrsfähigkeit der Stoffe aus. Die am Verkehr mit Lebens- und Futtermitteln Beteiligten sind frei, diese in Verkehr zu bringen, d.h., dass sie – prinzipiell – ohne behördliche Genehmigung traditionelle und auch neuartige Lebensmittel erfinden und erzeugen sowie vertreiben können. Grundsätzlich existieren zwei gegensätzliche Regulativprinzipien, die als Erlaubnisprinzip mit Verbotsvorbehalt und Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt bezeichnet werden können. Das Erlaubnisprinzip mit Verbotsvorbehalt kann auch als reines Missbrauchsprinzip charakterisiert werden, denn hierunter ist die generelle Erlaubnis zu verstehen, etwas zu tun oder zu unterlassen, soweit diese Freiheit nicht dahingehend missbraucht wird, dass gegen Ver- oder Gebote von Rechtsnormen verstoßen wird. Ge- und Verbote sind insoweit als Grenzen der Verkehrsfähigkeit zu betrachten.

Die Regelungen des Lebensmittelrechts bilden damit eine Grenze der grundsätzlichen Verkehrsfreiheit nach dem Erlaubnisprinzip. Die gemeinschaftliche Lebensmittelverordnung wählt als neuen Ausgangspunkt den Begriff der sicheren Lebens- und Futtermittel und definiert in den Art. 14 und 15 die Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit.

Durch die Verordnung wird in Bezug auf die Sicherheitsbestimmungen das Verbotsprinzip gemeinschaftsrechtlich verankert. Nicht sichere Lebensmittel dürfen nach den dem Gesundheitsschutz dienenden Kernvorschriften der Verordnung nicht in den Verkehr gebracht werden. Der Begriff der Sicherheit[20] betrifft dabei den Gesundheitsschutz. Fraglich ist jedoch, was Inhalt der Lebensmittelsi-

19 Die aus privatrechtlicher Sicht wichtigste Rechtsproblematik der Produkthaftungsregelung, insbesondere bei landwirtschaftlich produzierten Lebensmitteln, wird in diesem Beitrag ebenso wie die anderen privatrechtlichen Aspekte des Lebensmittelrechts nicht behandelt.

20 Art. 14 und 15 der Basisverordnung.

cherheit im rechtlichen Sinne ist. Meines Erachtens gibt es mindestens zwei mögliche Interpretationen.

Zum Ersten: Aus Perspektive der Verbraucher heißt Sicherheit vor allem das Freisein von Gesundheitsgefährdungen und daneben das Fehlen von Irreführung oder Täuschungen den Inhalt und die Eigenschaften der in Verkehr gebrachten Lebensmittel betreffend.

Zum Zweiten: Bei den Erzeugern hat die Sicherheitsfrage vor allem wirtschaftliche Bedeutung, nämlich in Bezug auf die Vermeidung von Produktions- und Handelsrisiken vor allem die Grund- und Zusatzstoffe betreffend.

Nach der Lebensmittelverordnung gelten Lebensmittel als nicht sicher, wenn davon auszugehen ist, dass sie die Gesundheit von Mensch oder Tier beeinträchtigen können. Verboten sind nicht nur Verhaltensweisen, die eine Gesundheitsbeeinträchtigung tatsächlich herbeiführen, sondern bereits solche, die hierzu generell geeignet sind, ohne dass es einer konkreten Gefahr für den Verbraucher bedarf. Damit betrifft der lebensmittelrechtliche Gesundheitsschutz nicht die Gesundheit als Individual-, sondern als öffentliches Rechtsgut. Es handelt sich um Regelungen des vorbeugenden Gesundheitsschutzes[21].

Mit dieser Sicherheitsproblematik steht die Frage der Beweislastregelung in engem Zusammenhang. Der Ausgangspunkt hierfür befindet sich in Art. 15 der Lebensmittelverordnung. Danach gilt ein Lebensmittel nicht als sicher, bis eine eingehende Prüfung das Gegenteil beweist. Es handelt sich also um eine Form der Umkehr der Beweislast.

Im Gegensatz zum oben Ausgeführten besteht im gemeinschaftlichen Lebensmittelrecht auch die Möglichkeit eines Eingriffs, wenn ein Futtermittel eigentlich als sicher zu gelten hat. Denn die rechtliche Vermutung bedeutet nicht, dass das Lebensmittel tatsächlich sicher ist. Gemäß Art. 15 der Basisverordnung können daher im Einzelfall Futter- und Lebensmittel auch verboten werden, wenn sie den spezifischen Bestimmungen entsprechen. Art. 15 der Verordnung birgt für die Unternehmer somit die Unsicherheit, dass Maßnahmen gegen ihre Produkte ergriffen werden können, obwohl sie den Regelungen entsprechen. Voraussetzung hierfür ist der begründete Verdacht, dass die Produkte nicht sicher sind. Bezüglich nationaler Bestimmungen ist eine solche Eingriffsmöglichkeit nicht vorgesehen.

2. Verbote zum Schutz vor Täuschungen

Der Schutz vor Täuschungen stellt einen Kernpunkt des Lebensmittelsicherheitsrechts dar. Denn generell besteht auf diesem Gebiet die Problematik, dass die Kenntnisse der Verbraucher lückenhaft sind und es kein entsprechend ausgebautes und arbeitendes System gibt, um sich die nötigen Kenntnisse anzueignen. Der

---

21 Art. 15 der Lebensmittelverordnung bestimmt, dass solche Futtermittel als nicht sicher gelten, die bewirken können, dass ein Lebensmittel als nicht sicher für den Verzehr durch Menschen anzusehen ist. Diese Regelung ist Ausdruck der Erkenntnis, dass sich die Futtermittelqualität auf die Qualität der Lebensmittel auswirkt.

Kenntnisstand der Verbraucher basiert oft auf ungeeigneten Informationsquellen. Gleichzeitig stellen sich Probleme hinsichtlich der unsachgemäßen Verwahrung und Behandlung von Lebensmitteln. Auch diese basieren (zumindest teilweise) auf einem Mangel an Information und entsprechender Kenntnis.
Untersuchungen belegen, dass der Großteil der Verbraucher seine Kenntnisse auf dem Gebiet der Hygiene innerhalb der Familie erlangt. In Bezug auf das Essen außer Haus sind Verbraucher jedoch oft nicht in der Lage, umfangreiche Kenntnisse zu erwerben. In diesem Punkt ist eine entsprechende informatorische Tätigkeit erforderlich, die jedoch bis heute nicht verwirklicht wurde.

Ein generelles Verbot der Irreführung des Verbrauchers und Verwenders ist unter dem Titel „Aufmachung" normiert[22]. Der Schutz von Täuschungen und Irreführung wird von den mit „Schutz der Verbraucherinteressen" überschriebenen Normen behandelt[23]. Art. 16 der Lebensmittelverordnung verbietet jede Art irreführender Kennzeichnung[24].

Kennzeichnungen in diesem Sinne sind alle Zeichen, Marken, Markennamen, Zeichnungen oder Symbole, die sich auf Lebensmittel beziehen und auf Lebensmittelverpackungen, Dokumentierungen, Aufklebern oder Aufschriften etc. platziert sind. Die Kennzeichnung darf den Verbraucher weder fehlleiten noch dem Lebensmittel eine generelle oder spezielle Eigenschaft beimessen, die ihm nicht eigen ist. Ferner darf einem Lebensmittel keine krankheitsheilende Wirkung zugeschrieben werden.

Gegebenenfalls muss die Kennzeichnung „strahlenbehandelt" oder „mit ionisierten Strahlen behandelt" aufgedruckt werden. Auf Genmanipulationen, allergene Stoffe und die Verwendung von anderen Stoffen, die für bestimmte Gruppen ethische Probleme aufwerfen (tierische Herkunft, Schweinefleisch usw.), muss ebenfalls hingewiesen werden. Das Verbot der Irreführung des Verbrauchers bezieht sich auf das gesamte Erscheinungsbild des Lebensmittelproduktes, auf dessen Form, Verpackung, Platzierung und Bewerbung. Ein Markenname oder ein Phantasiename kann die Kennzeichnung nicht ersetzen.

3. Verbote mit Erlaubnisvorbehalt

Für potenziell gefährliche Stoffe und Unternehmen, die solche Stoffe herstellen (können), gelten die Detailnormen des Prinzips vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Eine gesonderte Erlaubnis zur Herstellung und zum In-Verkehr-Bringen ist insbesondere notwendig bei Stoffen, von denen typischerweise potenzielle Gefah-

22 Art. 16 der Lebensmittelverordnung,

23 Art.18. der Lebensmittelverordnung.

24 Vgl. zu Werbung und Aufmachung ferner die Richtlinien 89/396/EWG; 94/54/EG; 1999/10/EG; 2001/13/EG; 2002/67/EG; 2004/77/EG. Aufgrund der Lebensmittelverordnung hat der ungarische Gesetzgeber das Gesetz über Verpackungskennzeichnung erlassen. Vgl. auch die Regelung Nr. 19/2004 (II.26.) des Ministeriums für Landwirtschaft und des Ministeriums für Gesundheit über die Kennzeichnung von Lebensmitteln.

ren ausgehen können. Das behördliche Genehmigungsverfahren bietet allerdings keinen hinreichenden Schutz. Durch (präventive) Kontrollen soll ein vorbeugender Schutz erreicht werden. Zudem sind die betroffenen Stoffe einem strengen Zulassungsverfahren unterworfen. Gegenstücke zum präventiven Verbot bilden die (nachträgliche) Untersagung und Stilllegung des Betriebs sowie die Beseitigungsanordnung und der Widerruf der Genehmigung.

Die Zulassung typischerweise potenziell gefährlicher Substanzen erfolgt auf Gemeinschaftsebene. Es handelt sich dabei um Zusatzstoffe, Bioproteine und genetisch veränderte Futter- bzw. Lebensmittel.

4. Positiv- und Negativlisten

Auch die Einführung sog. Positivlisten von Futtermitteln kann als nutzvolles Instrument betrachtet werden. In ihnen wird eindeutig festgelegt, welche Erzeugnisse in der Futter- und Lebensmittelproduktion verwendet werden dürfen. Um in eine Positivliste aufgenommen werden zu können, müssen die Futtermittel einer Zulassungspflicht unterworfen und in einem abschließenden Verzeichnis aufgeführt werden. Ferner existieren Negativlisten von Stoffen, deren Verwendung verboten ist – so z.B. die Verwendung von Sägemehl und Klärschlamm[25].

5. Zulassung von Betrieben

Grundsätzlich besteht im Lebensmittelrecht die Freiheit, ohne Erlaubnis mit Produkten handeln zu dürfen. Dies gilt jedoch nicht für Unternehmen, die (potenziell) gefährliche Stoffe herstellen, verarbeiten oder vertreiben. Je nach Gefährdungspotenzial der Stoffe ist entweder eine Zulassung oder eine Registrierung erforderlich[26].

6. Die Kontrollinstrumente

Die Kontrollinstrumente sind traditionelle öffentlich-rechtliche Elemente, die auch im Lebensmittelsicherheitsrecht genutzt werden. Denn die mitunter problematischen Entwicklungen in diesem Bereich wurden unter anderem auf eine unzulängliche Kontrolle zurückgeführt. Eine wesentliche Aufgabe besteht hier in der klaren Verteilung der Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten. Die Kontrollverordnung bestimmt die insoweit bestehenden Anforderungen und regelt ein dreistufiges Kontrollsystem, das besteht aus:

- Eigenkontrolle der Unternehmen
- Anwendungskontrolle durch die Mitgliedstaaten

---

25 Vgl. die Regelung in der Richtlinie 2/2002/EG; neu ist die Genehmigungsbedürftigkeit sämtlicher genetisch veränderter Lebens- und Futtermittel nach Art. 16 der Verordnung 1829/2003, wonach diese zulassungsbedürftig und entsprechend zu kennzeichnen sind.

26 Die Richtlinie 95/69/EG regelt diese Stoffe.

- gemeinschaftlicher Kontrolle der mitgliedstaatlichen Kontrolle.

Die Kontrollverordnung stellt den Grundsatz auf, dass die primäre Verantwortung für die Einhaltung des Lebensmittelrechts bei den Lebens- und Futtermittelunternehmen liegt. Der Unternehmer sorgt auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen dafür, dass die Lebensmittel die Anforderungen des Lebensmittelrechts erfüllen. In diesem Zusammenhang spricht man von der sog. gestuften Verantwortung im Lebensmittelrecht[27]. Die Unternehmer müssen also dafür sorgen, dass die Lebensmittel die für die jeweilige Tätigkeit geltenden Anforderungen erfüllen. Die Verantwortung des Unternehmers ist somit auf den Tätigkeitsbereich des Unternehmens begrenzt. Der Unternehmer kann nicht für solche Sicherheitsaspekte verantwortlich gemacht werden, die außerhalb seiner Kontrolle liegen[28].

Gemäß dem Selbstüberwachungsprogramm muss der Unternehmer alle potenziellen Gefahren als Risiko analysieren, bewerten und behandeln sowie den Behörden übermitteln. Die Anwendung dieses Systems auch auf die landwirtschaftlichen Primärprodukte von Futtermitteln ist problematisch, da nur größere Betriebe fachlich und personell in der Lage sind, die systematischen Eigenkontrollen durchzuführen. Kleinere Betriebe haben weder die Qualifikation noch die Ressourcen für derartige Maßnahmen.

Die europäische Kontrollverordnung[29] enthält daneben weitere Kontrollpflichten. So steht gemäß Art. 17 der Verordnung die mitgliedstaatliche Befolgungskontrolle und Überwachung, ob die Verhaltensanforderungen des Lebens- bzw. Futtermittelsrechts befolgt werden, neben der präventiven Kontrolle der Zulassung von Stoffen und Anlagen. Die Überwachungsaufgabe der Mitgliedstaaten entbindet die Unternehmen von ihrer Primärverantwortung.

Den Mitgliedstaaten steht ein ganzes Spektrum an Kontrollinstrumenten zur Verfügung. Dazu gehören die Vor-Ort-Kontrollen zur Überprüfung von Räumlichkeiten, Einrichtungen, Maschinen, Anlagen, Materialien und Fachpersonal. Die

27 Vgl. Art. 17 der Verordnung 882/2004/EG.

28 In diesem Zusammenhang sind auch Selbstkontrollsysteme wie das der guten fachlichen Verfahrenspraxis und Lenkung dienende HACCP-System (Hazard Analysis Critical Control Point) zu erwähnen. Die Risikobewertung muss auf Grundlage von wissenschaftlichen Erkenntnissen und in unabhängiger, sachlicher und transparenter Weise erfolgen. Die Risikoanalyse und die damit verbundenen Verfahren entsprechen einem EU-Standard. In Ungarn firmiert dieses System seit kurzem als HAPCI-System.

Auf europäischer Ebene wurde dieses System in seinen Grundlagen in den 1960er Jahren im Rahmen der Weltraumforschung entwickelt und seit 1973 in der Lebensmittelindustrie angewandt. Seit 1995 ist es in der EU verpflichtend vorgeschrieben. Seitdem hat es auch im ungarischen Recht im Rahmen einer Durchführungsverordnung des Lebensmittelgesetzes Einzug gehalten.

Mit dem Beitritt Ungarns zur EU ist eine Neudefinition des HACCP-Systems erforderlich geworden. Diese wurde in der Verordnung 90/2003 (V.30.) des Landwirtschaftsministeriums und des Ministeriums für Gesundheit über die Hygienevoraussetzungen der Erzeugung und des Vertriebs von Lebensmitteln verabschiedet.

29 VO 882/2004/EG.

mitgliedstaatlichen Behörden gehen dabei nach den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vor.

Ferner kann die Kommission gemeinsam mit dem ständigen Futtermittelausschuss spezifisch koordinierte Kontrollprogramme beschließen, um eine gemeinschaftsweit einheitliche Kontrolle zu gewährleisten, soweit der Gesundheits- bzw. Umweltschutz dies erfordert.

Die Mitgliedstaaten berichten jährlich über ihre Überwachungstätigkeit[30]. Die Behörden müssen dokumentierte Kontrollverfahren durchführen und interne Überprüfungen der Leistungsfähigkeit vornehmen. Ferner werden sie verpflichtet, integrierte mehrjährige nationale Kontrollpläne zu erstellen.

Die gemeinschaftliche Kontrolle der mitgliedstaatlichen Kontrolle betrifft die Umsetzung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Neben der Kontrollverordnung bildet die Rechtsgrundlage dafür die Kontrollrichtlinie 95/53 EG über Verfahren der Vor-Ort-Kontrollen der Kommission in den Mitgliedstaaten und in Drittländern. Als für die Kontrolle zuständige Behörde fungiert das Lebensmittel- und Veterinäramt, das als der Teil der Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucherschutz tätig ist. Überprüft werden sowohl die mitgliedstaatlichen Behörden als auch die einzelnen Betriebe.

Die allgemeinen Überprüfungen werden regelmäßig in Zusammenarbeit mit den mitgliedstaatlichen Behörden durchgeführt und können durch spezifische Überprüfungen ergänzt werden.

Das von der Gemeinschaft angestrebte hohe Schutzniveau wird gefördert durch die gemeinschaftsrechtlich geregelten Vollzugsinstrumente, Sicherheitsmaßnahmen, Informationspflichten der Unternehmen sowie das Schnellwarnsystem.

7. Das Rückverfolgbarkeitssystem

Der sechste Pfeiler der Instrumente des gemeinschaftlichen Lebensmittelrechts ist das Rückverfolgbarkeitssystem, ein konzeptioneller Eckpunkt des neuen Lebensmittelrechts. Die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Systems ist als generelles Gebot in der Kontrollverordnung verankert[31].

Die Rückverfolgbarkeit ermöglicht, die betroffenen Stoffe und Erzeugnisse auf den einzelnen Stufen der gesamten Herstellungskette einschließlich des In-Verkehr-Bringens ausfindig zu machen und damit die Verantwortlichkeit auf allen Stufen der Lebensmittelkette festzustellen.

Gemäß Art. 18 der Verordnung haben die Unternehmen die Rückverfolgbarkeit von Lebens- und Futtermitteln auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen sicherzustellen. Der Unternehmer muss in der Lage sein, jede Person und jedes Unternehmen festzustellen, von der bzw. dem er notwendige

30 Art. 44 der Kontrollverordnung.

31 Art. 3 der Kontrollverordnung.

Produkte erhalten und an die bzw. das er Erzeugnisse geliefert hat. Um dies zu bewerkstelligen, müssen die Unternehmer entsprechende Systeme und Verfahren einrichten.

IV. Rechtsharmonisierung der Lebensmittelsicherheit im ungarischen Recht

Ungarn hat als dritter unter den europäischen Staaten schon im 19. Jahrhundert das erste Lebensmittelgesetz verabschiedet[32]. Diesem Gesetz folgte das erneuerte Lebensmittelgesetz im Jahr 1976[33], das entsprechend den Anforderungen des damaligen Zeitgeistes genau definierte, wie Lebensmittel hergestellt werden und die Herstellungsumstände aussehen sollen.

1. Auswirkungen der Harmonisierung der Rechtsnomen bezüglich der Lebensmittelsicherheit

Vor dem EU-Beitritt Ungarns bestand das Hauptziel des ungarischen Lebensmittelsicherheitsrechts darin, die Regelung mit dem Gemeinschaftsregelwerk zu harmonisieren. Gleichzeitig war es Aufgabe der ungarischen Lebensmittelindustrie, die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebenen Qualitätskategorien zu erreichen, um die ungarischen Produkte ab dem Zeitpunkt des Beitritts auf dem Binnenmarkt vertreiben zu dürfen. Ein weiteres Aufgabenfeld bildete die Einführung von entsprechenden Qualitätskontrollsystemen in der Lebensmittelindustrie. Die Harmonisierung des Lebensmittelrechts ist nicht nur unter dem Aspekt wichtig, dass das entsprechende Lebensmittelsicherheitsniveau erreicht wird, sondern auch unter dem Blickwinkel der Anpassung an die wissenschaftliche und technologische Entwicklung. Dies sollte auch im Interesse der ungarischen Lebensmittelindustrie geschehen und deren Wettbewerbsfähigkeit erhöhen.

Das zweite Gesetz über Lebensmittel und dessen Abänderungen im Jahre 2001 dienten bereits vorrangig der Anpassung an die gemeinschaftsrechtliche Regelung[34]. Hervorzuheben ist, dass bereits der im Jahre 1997 veröffentlichte Jahresbericht der Europäischen Kommission das ungarische Lebensmittelregelwerk als den Unionsvorschriften entsprechend und besonders erfolgreich bezeichnet hat.

32 Gesetz über das Verbot der Fälschung von Agrarprodukten aus dem Jahr 1895.

33 Gesetz Nr. 4 des Jahres 1976. Zu erwähnen ist ferner die Verordnung Nr. 27 von 1958.

34 Die Anpassung des Gesetzes Nr. 95 des Jahres 1995 und die Änderungen des Jahres 2001 erfolgten vor allem aus rechtstechnischen Gründen, da die betroffenen Regeln nach dem EU-Beitritt ohnehin nicht in Kraft hätten bleiben dürfen. Denn gemeinschaftsrechtliche Verordnungen finden in den Mitgliedstaaten unmittelbare Anwendung. So konnten dem europäischen Recht widersprechende mitgliedstaatliche Regelungen nicht länger in Kraft bleiben. Ein weiterer Grund war die Anpassung des Lebensmittelgesetzes an geänderte Richtlinienbestimmungen.

Das dritte Lebensmittelsgesetz[35] wurde auf Grundlage der gemeinschaftsrechtlichen Lebensmittelverordnung kodifiziert und verweist bei der Definition von Lebensmitteln auf den Verordnungstext. Nach den im Rahmen der Verabschiedung des Wettbewerbsgesetzes eingefügten Vorschriften darf es nur solche Wettbewerbsregelungen beinhalten, die die Verbraucher bei der Produktwahl auf faire Weise unterstützen sollen[36].

Gleichzeitig wurde das Produkthaftungsgesetz aufgrund einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie[37] geändert und das Gesetz über die wirtschaftliche Werbetätigkeit[38] erlassen. Das aktualisierte Produkthaftungsgesetz entspricht nunmehr europäischem Standard und schafft ein eigenes Rechtsverhältnis (sui generis), das im ungarischen Haftungsrecht bislang unbekannt war. Die Regelungen des Produkthaftungsgesetzes sind rigoros. Sie verpflichten Hersteller und Importeure (in einigen Fällen auch bestimmte Vertreiber) nahezu zu einer Gefährdungshaftung, wenn das von ihnen hergestellte (fehlerhafte) Produkt Schäden verursacht. Das Gesetz steht somit im Gleichklang mit der Produkthaftungsrichtlinie, deren Ziel der effektive Schutz von Verbrauchern ist und die vor Schäden schützen soll, die durch mangelhafte Produkte verursacht werden. Bei der Verabschiedung des Werbegesetzes wurde bezweckt, dass das Gesetz nur solche Werberegelungen beinhalten darf, die die Verbraucher bei der Produktwahl auf faire Weise unterstützen (sollen). Das Gesetz gegen unlauteres Marktverhalten und Wettbewerbsbeschränkungen[39] enthält ebenfalls Regeln bezüglich des Verbraucherschutzes – nämlich das Verbot der unlauteren Beeinflussung von Verbraucherentscheidungen.

Die Grundanforderungen der Lebensmittelsicherheit legt das Gesetz über Lebensmittel[40] fest, welches nach Grundlage und System auf der gemeinschaftlichen Lebensmittelverordnung basiert. Im Sinne des Gesetzes haben Hersteller und Importeure die Lebensmittelsicherheit zu garantieren. Von seinem Geltungsbereich sind die in Ungarn hergestellten und vertriebenen Lebensmittelprodukte erfasst, worunter auch die im- und exportierten Produkte zu verstehen sind. Nach den grundlegenden Art. 4 und 5 der Verordnung dürfen unsichere Lebensmittel – also Lebensmittel, die die Gesundheit schädigen (können) und sich daher nicht für den menschlichen Verzehr eignen, – nicht in Verkehr gebracht werden.

35 Gesetz Nr. 82 des Jahres 2003.

36 Vgl. die am 1. Mai 2004 in Kraft getretenen Hauptänderungen der Regierungsverordnung 79/1998 (IV.29.) über die Sicherheit von Produkten und Dienstleistungen.

37Richtlinie 1999/34/EG zur Änderung der Richtlinie 85/374/EWG des Europäischen Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

38 Gesetz Nr. 58 des Jahres 1997.

39 Gesetz Nr. 57 des Jahres 1996.

40 Gesetz Nr. 82 des Jahres 2003.

Die Risikoanalyse und die damit verbundenen Verfahren entsprechen dem in der EU gegründeten sog. HACCP-System[41], das gleichzeitig in der EU und in Ungarn eingeführt wurde[42]. Nach dem Beitritt zur EU ist die Neudefinition des HACCP-Systems erforderlich geworden und eine neue Verordnung verabschiedet worden[43]. Auf die Lebensmittelherstellung und den -vertrieb in der Gastronomie und öffentlichen Versorgung beziehen sich spezielle Vorschriften. Die Risikobewertung muss auf der Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse und auf unabhängige, sachliche und transparente Weise erfolgen.

In sachlicher Nähe zum Futtermittelrecht befindet sich das Tierarzneimittelrecht. Die entsprechenden Regelungen grenzen hinsichtlich der erfassten Objekte aneinander. Die wesentlichen Regelungen über die Herstellung, das In-Verkehr-Bringen und die Verwendung von Fütterungsarzneimitteln bestehen fort; Tierarzneimittel werden teils getrennt, teils gemeinsam mit Humanarzneimitteln geregelt.

2. Lebensmittelkennzeichnung und Verbraucherinformation

2005 führte die BEUC – die Vereinigung der Europäischen Verbraucher – in den Verbraucherkreisen von fünf Mitgliedstaaten – darunter auch Ungarn – eine Befragung mit dem Titel „Lebensmittelkennzeichnung und die europäischen Verbraucher" durch. Das wichtigste Ergebnis dieser Befragung war die Erkenntnis, dass nur ungefähr ein Drittel der Verbraucher die Auskünfte auf der Lebensmittelverpackung liest. Auch zeigte die Befragung, dass das Wissen eines Großteils der Verbraucher auf diesem Gebiet – trotz eines grundsätzlich bestehenden Interesses an gesunder und entsprechend ausgeglichener Ernährung – sehr beschränkt ist. Nur wenige Verbraucher lesen die Hinweise auf den Lebensmittelverpackungen, ihre Kenntnisse in Bezug auf Lebensmittel basieren größtenteils auf Informationen und Berichten aus und in den Medien. Die Befragung zeigte, dass Verbraucher diesen Informationen und den auf der Verpackung aufgeführten Äußerungen unbegründet vertrauensvoll gegenüberstehen und gegenüber dem genauen Durchlesen einer Packungsbeilage bevorzugen. Gleichzeitig zeigte die Befragung zudem, dass eine bedeutende Zahl der befragten Verbraucher die verwendete Fachterminologie nicht kennt und somit auch die zur Verfügung gestellten Informationen nicht versteht. Da die Befragung erwies, dass bei der Entscheidungsfindung der Verbraucher die auf der Lebensmittelverpackung aufgeführten Informationen von erheblicher Bedeutung sind, müssen Inhalt und Mitteilungsweise dieser Informationen geregelt werden. Gleichzeitig erachtet es der BEUC in Anbetracht der bedeutenden Rolle der Medien als wichtig, dass diese sich ihrer Rolle in der Verbraucherinformation und -entscheidungsfindung bewusst werden. Die Aufgabe

41 Hazard Analysis Critical Control Point, vgl. Fn. 28.

42 Im Rahmen einer Durchführungsverordnung zum Lebensmittelgesetz.

43 Ministerialverordnung Nr. 90 des Jahres 2003 vom 30. Mai über die Hygienevoraussetzungen der Erzeugung und des Vertriebs von Lebensmitteln.

der EU ist es, ein entsprechendes Regelwerk für die Etikettierung festzulegen, welches den Verbrauchern die zur Kaufentscheidung nötigen Informationen sichert und entsprechend ausführlich, aber gleichzeitig auch für Verbraucher verständlich ist.

Der Ungarische Landesverband für Verbraucherschutz (OFE) spielt eine entscheidende Rolle bei der Information und Bildung der ungarischen Verbraucher. In seinen Publikationen macht er vielfach auf die Bedeutsamkeit gesunder Ernährung und auf jene Lebensmittel aufmerksam, die zwar erlaubt, jedoch nicht gesund sind. Sein Ziel ist es, die Verbraucher bezüglich ihrer Konsumentscheidungen zu einer so bewussten Wahl zu befähigen, dass sie nicht nur die von den Unternehmen bereitgestellten Informationen in Betracht ziehen, sondern auch Informationen von anderen, unabhängigen Organisationen, wie z.B. des OFE selbst. So veröffentlichte der OFE beispielsweise im Dezember letzten Jahres im Zusammenhang mit Colawerbung eine entsprechende Publikation. Der OFE führt laufend Befragungen auf dem Lebensmittelmarkt mit dem Ziel durch, die Verbraucher zu unterstützen und zu informieren. Eine derartige Untersuchung führte der OFE z.B. in Bezug auf sog. Heiltees durch. Obwohl diese Produkte juristisch nicht unter die Kategorie der Lebensmittel fallen, werden sie von den Verbrauchern wie Lebensmittel behandelt. Daher können aus dem Ergebnis der Untersuchung Rückschlüsse auf den Umgang der Verbraucher mit Lebensmitteln gezogen werden. Die Ergebnisse der Untersuchung lenkten die Aufmerksamkeit auf ein Problem, das auch andere Lebensmittelprodukte betrifft, nämlich, dass eine Mehrheit der Produkte nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht. In der Untersuchung, in der elf Heiltees von der OFE geprüft worden sind, entsprachen insgesamt nur drei den diesbezüglichen Vorschriften. Bei den restlichen Produkten wurden erhebliche Mängel festgestellt.

Es ist daher festzustellen, dass nicht nur die Durchsetzung von verbraucherschutzrechtlichen Normen problematisch ist. Auch arbeitet das System des Verbraucherschutzes nicht sonderlich effektiv, sodass eine Gefahr für Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher darstellende Produkte auf dem Markt überleben können.

3. Grundprinzipien der nationalen Politik für Lebensmittelsicherheit

Zu den Grundprinzipien der ungarischen Lebensmittelsicherheitspolitik gehören folgende Grundsätze:
Das Gebiet der Lebensmittelsicherheit bedarf einer vorbeugenden, umfassenden Betrachtung gemäß dem Grundsatz „vom Erzeuger bis zum Verbraucher".

Der Verbraucher muss in den Mittelpunk der Aufmerksamkeit rücken und zum Ausgangspunkt aller lebensmittelsicherheitsrechtlichen Handlungen werden.

Die Transparenz muss gesteigert werden.

Eine weitere wissenschaftliche Fundierung der vorgenannten Erkenntnisse unter Anwendung und Einbeziehung der Ergebnisse der Risikoanalyse ist erforderlich.

Eine integrierte, multisektorale und multidisziplinäre Sichtweise ist zu verwirklichen.

4. Das behördliche System des ungarischen Lebensmittelrechts

Die Veränderungen im ungarischen Lebensmittelrecht beschränken sich nicht nur auf die Rechtssetzung. Auch die Zuständigkeiten und organisatorischen Strukturen auf nationaler Ebene wurden umgestaltet, wobei sich die Veränderungen in mehreren Etappen vollzogen haben. Aufgrund der gemeinschaftlichen Lebensmittelverordnung hat Ungarn als erster unter den Beitrittsstaaten ein institutionelles System der Behörden für Lebensmittelsicherheit errichtet. So hat die ungarische Regierung bereits im Jahr 2003 eine Verordnung über die Errichtung der Nationalen Behörde für Lebensmittelsicherheit, welche als landesweit zuständiges Organ am 1. Juli 2003 ihre Arbeit aufgenommen hat, erlassen[44].

Die Regierungsverordnung schafft ein organisatorisches System der Lebensmittelsicherheit. Der Lebensmittelsicherheitsbehörde kommen allerdings keine behördlichen Befugnisse und Vollzugskompetenzen zu. Ihre Zuständigkeit beschränkt sich auf die fachliche Vorbereitung von Entscheidungen, die Begutachtung, Antragstellung und Koordinierung. Gleichzeitig steht die Behörde in ständigem Kontakt und Austausch mit den lebensmittelsicherheitsrechtlichen Organen und Behörden der Europäischen Union bzw. der anderen Mitgliedstaaten[45]. Weitere Aufgaben der Behörde für Lebensmittelsicherheit bilden die Unterhaltung internationaler Beziehungen, die wissenschaftlich fundierte Risikoabschätzung sowie die wissenschaftliche und fachliche Unterstützung der Beteiligten. Gegenüber der Regierung kommt ihr eine Entscheidungsvorbereitungs-, Beurteilungs- und Initiativfunktion zu. Zudem nimmt sie Informationsaufgaben gegenüber den Verbrauchern wahr und führt Verfahren der Risikoanalyse und -bewertung von Lebensmitteln durch. Insoweit zählen ferner Untersuchungstätigkeiten, die Ausarbeitung von neuen Verfahren, die Risikoeinschätzung und -bewertung, die Risikoveröffentlichung sowie die Informationssammlung und -analyse zu ihren Kernaufgaben.

Des Weiteren wurden aufgrund der genannten Verordnung das Rapid Alarm System sowie das Rapid Alert System eingeführt, welche die Kommission und die

44 Regierungsverordnung Nr. 66/2003 vom 15. Mai 2003 über das Nationale Lebensmittelsicherheitsamt. Die Aufgaben der Behörde für Lebensmittelsicherheit orientieren sich an den Vorgaben der Verordnung 178/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit.

45 Vgl. § 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 66/2003.

mitgliedstaatlichen Regierungen neben der sog. EFSA[46] im Falle dringenden Handlungsbedarfs aufgrund drohender Lebensmittelsicherheitsgefahr nutzen können. Ihr Zweck ist das schnelle und effektive Finden von Lösungen bei plötzlich auftretenden Gefahrensituationen sowie die rechtzeitige und angemessene Information der Verbraucher.

Ebenfalls beruhend auf der EG-Kontrollverordnung[47] hat die ungarische Regierung die Verordnung über die amtliche Überprüfung der Lebensmittelsicherheit erlassen[48]. Mit dieser Regierungsverordnung werden die behördliche Kontrolle sowie das amtliche Verfahren der Lebens- und Futtermittelsicherheit geregelt. Sie gilt für alle Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen von Lebens- und Futtermitteln.

Die behördlichen Befugnisse und Vollstreckungskompetenzen sind zwischen drei Behörden verteilt. Dies bringt naturgemäß – insbesondere im Zeitraum des ersten Anlaufens der Regelungen – die Gefahr von Kompetenzkonflikten mit sich[49]. Unter Berücksichtigung der nunmehr einhundertfünfzigjährigen Praxis der administrativen Lebensmittelsprüfung in Ungarn ist dieses Problem allerdings zu vernachlässigen.

Nach der Regierungsverordnung[50] teilen sich die drei staatlichen Ämter die amtlichen Kompetenzen für Lebens- und Futtermittelsicherheitsfragen wie folgt:

das Landwirtschaftliche Fachverwaltungsamt fungiert als Amt für Lebensmittelsicherheit, der Nationale Amtsarztdienst als Öffentliches Lebensmittelhygieneamt und das staatliche Verbraucherschutzamt als Verbraucherschutzbehörde.

Die drei Behörden haben somit sehr präzisierte und exakt abgegrenzte sachliche Kompetenz- und Zuständigkeitsbereiche.

a.) Das Landwirtschaftliche Fachverwaltungsamt

Die allgemeine und ausschließliche sachliche Zuständigkeit für Lebensmittelsicherheitsfragen kommt dem Landwirtschaftlichen Fachverwaltungsamt zu. Diese Kompetenz erstreckt sich auf alle im Lebensmittelsektor tätigen Unternehmen. Die räumliche Zuständigkeit ist zwischen Regionalbehörden aufgeteilt. Das Landwirtschaftliche Fachverwaltungsamt überwacht die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen, der Regeln über die Rückverfolgbarkeit von Le-

46 Die im italienischen Parma ansässige EFSA (European Food Safety Authority) ist eine auf wissenschaftlicher und fachlicher Basis arbeitende Organisation, die Aufgaben und Entscheidungen der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit Lebensmittelsicherheit mit fundierten Daten unterlegt. Im institutionellen Aufbau der EFSA sorgen der Verwaltungsrat, der geschäftsführende Direktor und seine Angestellten, der Beirat und der Wissenschaftliche Ausschuss sowie die Wissenschaftlichen Expertengremien für eine ungestörte Zusammenarbeit.

47 VO Nr. 882/2004/EG.

48 Regierungsverordnung über die behördliche Kontrolle und das amtliche Verfahren der Lebens- und Futtermittelsicherheit Nr. 138/2007 vom 27. März 2007.

49 Möglich erscheinen insoweit sowohl positive als auch negative Zuständigkeitskonflikte.

50 Vgl. § 3 Abs. 1 der Regierungsverordnung Nr. 138/2007.

bensmitteln, über die Güterkennzeichnung und Verpackung der Nahrungsmittel sowie die Genießbarkeit der Lebensmittel. Damit kontrolliert es alle Stoffe und Erzeugnisse der Nahrungsmittelkette, die mit dem Lebensmittel bestimmungsgemäß im Kontakt kommen können, u.a. auch auf die Beachtung der lebensmittelhygienischen Vorschriften.

In Zusammenarbeit mit dem Zollamt prüft es ferner die Herkunft, Dokumentation und Rückverfolgbarkeit der Lebensmittel beim Großhandel sowie deren Transport auf öffentlichen Straßen.

b.) Regionale Organe des Amtsarztdienstes als Fachbehörden für das menschliche Gesundheitswesen

Die lebensmittelsicherheitsrechtliche Fachzuständigkeit dieser Behörden ist auf das Gaststättengewerbe sowie die Privathaushalte begrenzt. Sie prüfen die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen, insbesondere der lebensmittelhygienischen Vorschriften, in den Gaststätten.

c.) Verbraucherschutzbehörde

Die Zuständigkeit der Verbraucherschutzbehörde erstreckt sich auf den Verbraucherschutz im Lebensmittelskleinhandel. Auf Basis der gemeinschaftlichen Lebensmittelverordnung prüft sie die Voraussetzungen des In-Verkehr-Bringens von Lebensmitteln, insbesondere die Nahrungsmittelqualität, Gütekennzeichnungen, Verpackungen, die Herkunft sowie die Werbemaßnahmen.

Im vergangenen Jahr hat das ungarische Landesamt für Verbraucherschutz Untersuchungen zu bestimmten Lebensmitteln durchgeführt. Unter anderem unternahm es im Rahmen dieser Untersuchung Qualitätsüberprüfungen und Vergleichsanalysen von zwanzig unterschiedlichen Proben von Kartoffelchips, deren Verzehr und Angebot in den vergangenen Jahren um ein Vielfaches gestiegen ist, obwohl ihr kontinuierlicher Verzehr aufgrund ihres übermäßigen Fett- und Zuckergehalts das Risiko von Herz- und Kreislauferkrankungen erhöht. Im Ergebnis der Untersuchung wurde festgestellt, dass die Hälfte der Proben nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprach. Bei der Untersuchung der Produktverpackungen fand das Landesamt keine allen gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Verpackungen. So gab es Fälle von Mängeln bei der Kennzeichnung, resultierend aus falschen Datumsangaben oder Fehlern der Herkunftslandkennzeichnung, oder die Salz- und Fettangaben der Produktspezifikationen entsprachen nicht den Tatsachen. In der Folge der genannten Untersuchung hat das Landesamt für Verbraucherschutz folgende zwei Sachbereiche als dringend verbesserungswürdig herausgestellt: einerseits die einer angemessenen Information der Verbraucher dienende Etikettierung der Lebensmittel, andererseits die Qualität der Lebensmittel selbst.

V. Lebensmittelrecht als ein neues Rechtsgebiet des Sicherheitsrechts?

Das Lebensmittelrecht ist traditionellerweise kein eigener Rechtszweig. Es bildete bisher eher ein gemischtes Fachgebiet. Jedoch ist das Lebensmittelrecht infolge der gemeinschaftsrechtlichen, sehr detaillierten diesbezüglichen Regelungen nunmehr als ein besonderes Rechtsgebiet des Sicherheitsrechts zu betrachten.

Infolgedessen ist auch die Position des Lebensmittelerzeugers neu zu definieren: Er ist mehr als ein Subjekt des Sicherheitsrechts und muss seine Tätigkeit gleichzeitig unter Beachtung von Umwelt- und Sicherheitsrecht ausüben.

Die Europäisierung der Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote – Probleme und Perspektiven

Werner Heun

I. Einleitung

Der allgemeine Gleichheitssatz sowie die speziellen Diskriminierungsverbote gehören zu den zentralen Grundrechtsverbürgungen der nationalen Verfassungsordnungen[1]. Der allgemeine Gleichheitssatz zählt seit der Französischen Revolution zum Traditionsbestand der europäischen Verfassungen, der auch in die Regelung des Art. 3 Abs. 1 GG eingegangen ist. Die speziellen Diskriminierungsverbote, insbesondere die Gleichberechtigung von Mann und Frau in Art. 3 Abs. 2 GG sowie die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG, verdanken sich dagegen vor allem den Erfahrungen des Dritten Reiches[2], haben aber gerade deswegen auch identitätsstiftende Bedeutung für den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes und das Selbstverständnis der deutschen Verfassungsordnung. Sie werden insoweit in engen Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie des

[1] Vgl. *Werner Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 13 f.
[2] Vgl. *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 6.

Art. 1 Abs. 1 GG gerückt[3]. Mit der zunehmenden Einflussnahme des Europarechts auf die europäischen Verfassungsordnungen wird jedoch das nationale System der Gleichheitsrechte immer mehr durch die europäischen Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote überlagert und modifiziert. Das bedeutet jedoch nicht, dass die europäischen Gleichheitsrechte das nationale Verfassungsrecht in dieser Hinsicht einfach verdrängen und ersetzen, vielmehr ergibt sich eine komplizierte Gemengelage zwischen europäischen Gleichheitsrechten und nationaler Rechtsordnung, die zusätzlich durch die differenzierte Kompetenzordnung und die Vielfalt der europäischen Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote[4] in ein komplexes System umgewandelt wird. Das neue Antidiskriminierungsrecht kann hier geradezu als Paradebeispiel dieser Situation gelten.

II. Die vier Bereiche der Europäischen Gleichheitsrechte

Wenn man die unterschiedlichen, auch auf verschiedenen Ebenen geregelten Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote des Europäischen Rechts abschichten will, muss man zwischen vier unterschiedlichen Bereichen der Gleichheitsrechte differenzieren, die zugleich die zunehmende Ausweitung des europäischen Gleichheitsschutzes zum Ausdruck bringen. Damit wird nicht geleugnet, dass zwischen den verschiedenen Gleichheitssätzen enge Zusammenhänge bestehen.

1. Der allgemeine Gleichheitssatz des Europarechts

Im bislang geltenden Gemeinschaftsrecht ist der allgemeine Gleichheitssatz zwar nicht ausdrücklich verankert, der EuGH hat jedoch frühzeitig aus der Zusammenschau konkreter Gleichheitssätze im Gemeinschaftsrecht den allgemeinen Gleichheitssatz abgeleitet[5]. Neben der Generalisierung der besonderen im Vertrag enthaltenen Gleichheitsrechte wie Art. 12, 34 Abs. 2 UAbs. 2 und 141 EGV kann sich der EuGH auch auf die zwar nicht in allen aber doch in zahlreichen mitgliedstaatlichen Verfassungen normierten allgemeinen Gleichheitssätze berufen, wobei der EuGH nicht immer ganz eindeutig zum Ausdruck bringt, ob er sich auf die von Art. 6 Abs. 2 EUV genannten Erkenntnisquellen stützt oder dem Generalisierungsargument größeres Gewicht beimisst[6].

---

[3] BVerfGE 84, 90 (121); *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 15 m.w.N.

[4] Zur Begrifflichkeit *Stefan Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 26 ff., der „Diskriminierungsverbote" entsprechend der deutschen Begrifflichkeit plausibel auf die Verbote einer Differenzierung nach bestimmten Merkmalen beschränken will.

[5] Grundlegend EuGHE 1977, 1753 (1769 f.) – Ruckdeschel; *Thorsten Kingreen*, Gleichheitsrechte, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 17 Rn. 10 ff.; *Corinna Wahle*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Europäischen Union, 2002; *Uwe Kischel*, Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union, in: EuGRZ 1997, S. 1 ff.

[6] *Kingreen*, Gleichheitsrechte (Fn. 5), § 17 Rn. 10.

Inhaltlich entspricht dieser allgemeine Gleichheitssatz nahezu völlig dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Er verbietet es, dass vergleichbare Sachverhalte in unterschiedlicher Weise behandelt und dadurch bestimmte Betroffene gegenüber anderen benachteiligt werden, ohne dass dieser Unterschied in der Behandlung durch das Vorliegen objektiver Unterschiede von einigem Gewicht gerechtfertigt wäre. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung einer Ungleichbehandlung. Danach stellt sich die Frage einer Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung. Die objektive Rechtfertigung wird vom EuGH – auch das kaum anders als im nationalen Recht – eher uneinheitlich geprüft[7], und letztlich ist auch im Europäischen Recht der allgemeine Gleichheitssatz nichts anderes als ein Willkürverbot und eine Ausprägung des Rationalitätsprinzips, das in unterschiedlichem Maße eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlungen verlangt. Ergänzend kommt hinzu das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK, auch wenn dieses in Abhängigkeit von der Garantie der sonstigen von der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten formuliert wird[8]. Außerdem wird dieser allgemeine Gleichheitssatz nunmehr durch Art. 20 der Grundrechtecharta garantiert[9], die nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages ebenfalls in das Vertragswerk aufgenommen werden soll. Eine sachliche Änderung folgt daraus jedoch nicht.

Die Wirkungen dieses allgemeinen Gleichheitssatzes bleiben für den Bürger allerdings beschränkt, weil nur die Union und ihre Stellen unmittelbar Grundrechtsadressaten sind, während die Mitgliedstaaten lediglich gebunden werden, soweit sie Unionsrecht durchführen[10]. Das ist auch von Art. 51 der Grundrechtecharta so vorgesehen. Allerdings sind im Rahmen dieser Begrenzung auf die Union und die Ausführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten alle drei Gewalten dieser beiden Ebenen gleichermaßen an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden, und dadurch gerade auch der Gesetzgeber auf der Ebene der Europäischen Union[11].

Für die Frage der Europäisierung der – nationalen – Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote ist dieser allgemeine Gleichheitssatz eben wegen der beschränkten Bindungswirkung allenfalls am Rande von Bedeutung. Immerhin kann er in dieser Funktion Bedeutung für Fälle der Harmonisierung zwischen dem Europarecht und dem nationalen Recht haben. Wichtiger noch ist, dass der allgemeine Gleichheitssatz und die spezielleren Diskriminierungsverbote des Art. 21 der Grundrechtecharta, der generell Diskriminierungen wegen spezifischer Merk-

[7] *Kingreen*, Gleichheitsrechte (Fn. 5), § 17 Rn. 13.

[8] Dazu *Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert*, EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 14 Rn. 1 ff.; zur Berücksichtigungspflicht in der EU *Michael Holoubek*, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 12 Rn. 3.

[9] Dazu *Matthias Rossi*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 20 GRCh Rn. 4 ff.; *Hans-Werner, Rengeling/Peter Szczekalla,* Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, § 23 Rn. 883 ff.

[10] EuGHE 1985, 2605 – Cinetheque.

[11] *Rossi*, Art. 20 GRCh (Fn. 9), Rn. 7 ff.

male, deren Katalog weitgehend dem des Art. 3 Abs. 3 GG entspricht, verbietet, sowie der Grundsatz der Gleichheit von Frauen und Männer, der in Art. 23 Grundrechtecharta verankert ist, infolge der spezifischen Bindung des Gesetzgebers Relevanz bei der Überprüfung der Vereinbarkeit von Richtlinien mit der Grundrechtecharta bzw. den Allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Europäischen Union erlangen. Das gilt etwa auch für die Antidiskriminierungsrichtlinien.

2. Die Gleichbehandlung von Staatsangehörigen der Europäischen Union im ökonomischen Bereich

Das nationale Verfassungsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten verbietet eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit innerhalb des eigenen Staatsgebietes regelmäßig nicht. Auch Art. 3 Abs. 1 GG oder gar Art. 3 Abs. 3 GG lässt sich ein solches Verbot nicht entnehmen[12]. Genau das Gegenteil ist richtig für das Europarecht, das eine derartige Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit vor allem im ökonomischen Bereich ausschließen will. Die Zentralität dieses Diskriminierungsverbotes kommt in der Bezeichnung als „Leitmotiv des Vertrages"[13] deutlich zum Ausdruck.

Entsprechend seiner Zielsetzung normiert der EG-Vertrag insoweit ein differenziertes System der Diskriminierungsverbote aufgrund der Staatsangehörigkeit. In Art. 12 EGV wird ein allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert, das unbeschadet besonderer Bestimmungen und damit subsidiär Anwendung findet[14]. Zahlreiche spezielle Vorschriften im Europarecht greifen dieses allgemeine Diskriminierungsverbot auf, konkretisieren und erweitern es teilweise. Derartige spezielle Ausprägungen finden sich vor allem hinsichtlich der Freizügigkeit in Art. 39 Abs. 2 EGV, der die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen verlangt, in Art. 43 EGV, der die Niederlassungsfreiheit für alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten begründet, sowie in Art. 49 Abs. 1 EGV, der dementsprechend die Dienstleistungsfreiheit normiert. Auch ohne unmittelbare Normierung von Diskriminierungsverboten lassen sich als Ausdruck desselben Grundgedankens[15] etwa das Verbot der Anknüpfung an die Herkunft der Ware in Art. 28 f. EGV, die Garantie der Freizügigkeit in Art. 18 EGV, die Vereinheitlichung der Agrarmärkte durch Art. 34 Abs. 1 EGV sowie das Verbot

[12] BVerfGE 51, 1 (30); s. auch *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 11.

[13] *Ernst Wohlfahrt*, in: ders./U. Everling/H. J. Glaesner/R. Sprung, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1960, Art. 7 Anm. 1; dem folgend *Armin v. Bogdandy*, in: F. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 12 (2005), Rn. 1; *Astrid Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV (Fn. 9), Art. 12 EGV Rn. 1.

[14] Zu den Einzelheiten *Matthias Rossi*, Das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV, in: EuR 2000, S. 197 ff.; *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 3 ff.

[15] Da nicht an personenbezogene Merkmale angeknüpft wird, ist Art. 12 EGV selbst insoweit nicht anwendbar, *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 7.

höherer Abgaben für Waren aus anderen Mitgliedstaaten aus Art. 90 EGV verstehen. Insofern lässt sich im Grunde genommen das ganze System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes des Art. 12 EGV begreifen.
Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit ist nicht nur eine der grundlegenden Vorschriften, sondern überhaupt der Kern der Zielrichtung des Europarechts, einen gemeinsamen Markt zu errichten und damit alle Abschottungen durch die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zu verhindern. Die Aussage, dass Art. 12 EGV lediglich eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes darstelle[16], verdeckt daher eher die strukturellen und dogmatischen Besonderheiten sowie die Intention des Diskriminierungsverbotes, als dass es zur Erhellung seines Inhalts und seiner Funktion dienen würde.

Im Unterschied zu der engen Begrenzung des Kreises der Adressaten des allgemeinen Gleichheitssatzes erstreckt sich die Bindung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes und seiner speziellen Ausprägungen nicht nur auf die Europäische Gemeinschaft, sondern fast in jeder Hinsicht auch auf die Mitgliedstaaten[17]. Beschränkungen ergeben sich insoweit lediglich dadurch, dass der Schutzbereich des Art. 12 EGV auf den Anwendungsbereich des Vertrages beschränkt ist. Dabei lässt es der EuGH ausreichen, dass eine gemeinschaftlich geregelte Situation vorliegt bzw. der Fall Berührungspunkte mit irgendeinem der Sachverhalte aufweist, auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt, sodass keine positive Kompetenz der Gemeinschaft erforderlich ist, vielmehr auch nur mittelbare Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Austausch von Gütern und Dienstleistungen ausreichen[18]. Die schärferen Eingrenzungsversuche in einem Teil der Literatur, die insoweit auch auf die Kompetenz der Gemeinschaft zu gemeinschaftsrechtlicher Regelung abstellt, dürften dagegen eher zweifelhaft sein[19]. Insgesamt wird dadurch hier jedoch ein außerordentlich weiter Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes und seiner speziellen Ausprägungen eröffnet. Umstritten ist daneben nur, inwieweit auch private Dritte von dem Diskriminierungsverbot erfasst werden. Während der EuGH dazu noch nicht Stellung genommen hat, reicht das Spektrum in der Literatur von einer generellen Erstreckung auf Dritte[20] über eine Beschränkung auf Kollektivregelungen des Arbeits- und Dienstleistungsrechts[21] bis hin zu völliger Ablehnung einer Drittwirkung[22].

---

[16] EuGHE 1980, 3005 – *Hochstrass*; zustimmend *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 7.
[17] *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 41.
[18] EuGHE 1985, 593 – *Gravier*; *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 15 ff.
[19] Vgl. *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 20 ff. m.w.N.; *Kingreen*, Gleichheitsrechte (Fn. 5), § 17 Rn. 23.
[20] *v. Bogdandy*, Art. 12 (Fn. 13), Rn. 28.
[21] Für Personenverkehrsfreiheiten so EuGHE 1974, 1405 (1419) – *Walrave und Koch*; *Rudolf Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 12 Rn. 39.
[22] Wohl *Kingreen*, Gleichheitsrechte (Fn. 5), § 17 Rn. 27.

Während die Bindung Dritter im Bereich des Art. 12 EGV insoweit teilweise begrenzt wird, ist die Drittwirkung bei den anderen Grundfreiheiten, die letztlich eine Konkretisierung des Allgemeinen Diskriminierungsverbotes sind, viel weitgehender anerkannt, ohne dass das hier näher expliziert werden kann.

Art. 12 EGV enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot, jedoch kein allgemeines Beschränkungsverbot[23]. Der Begriff der Diskriminierung wird zwar teilweise auch eng verstanden im Sinne einer bloßen Benachteiligung[24], nach überwiegender Auffassung erfasst er jedoch auch jede neutrale Differenzierung, das heißt also jede unterschiedliche Behandlung[25]. Angesichts der Doppelgesichtigkeit jeder Bevorzugung und Benachteiligung ist letztlich allein die Gleichsetzung von Diskriminierung und Differenzierung überzeugend. Nicht zuletzt aufgrund der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH besteht auch Einigkeit darüber, dass das Diskriminierungsverbot nicht nur unmittelbare, formelle und offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit erfasst, sondern vor dem Hintergrund des effet utile-Gedankens auch sog. materielle, mittelbare oder versteckte Diskriminierungen[26]. Damit ist gemeint, dass auf ein anderes Unterscheidungskriterium zurückgegriffen, im Ergebnis jedoch eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewirkt, wenn nicht sogar intensiviert wird. Es kommt mithin auf die tatsächlichen Auswirkungen an, wobei im Einzelfall die Feststellung nach unterschiedlichen Ansätzen in Rechtsprechung und Literatur vorgenommen wird. Darüber hinaus ist im Detail umstritten, inwieweit Diskriminierungen im Bereich des Art. 12 EGV gerechtfertigt werden können. Art. 12 enthält keine ausdrücklichen Schrankenbestimmungen, sodass das Spektrum der verschiedenen Meinungen hier nicht unerheblich auseinander geht. Übereinstimmung besteht lediglich darin, dass jedenfalls mittelbare Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit gerechtfertigt werden können[27]. Demgegenüber ist die Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen umstritten und auch durch die Rechtsprechung nicht abschließend geklärt. Zwar lässt die Rechtsprechung die Tendenz erkennen, bei formellen Diskriminierungen eine Rechtfertigung erst gar nicht zu prüfen. In einer neueren Entscheidung wird dies jedoch jedenfalls nicht ausgeschlossen[28]. In der Literatur wird dagegen vielfach Art. 12 Abs. 1 EGV als

---

[23] *v. Bodandy*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 19; zu dieser Entwicklung bis hin zu einem Beschränkungsverbot bei den Grundfreiheiten vgl. nur *Thorsten Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 38 ff.

[24] *Hans Peter Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 604.

[25] *Manfred Zuleeg*, in: H. v. d. Groeben/J. Schwarze (Hrsg.), EWGV, 6. Aufl. 2003, Art. 12 EGV Rn. 1; *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 8; *Kingreen*, Gleichheitsrechte (Fn. 5), § 17 Rn. 26.

[26] EuGHE 1974, 153 (164 f.) – *Sotgiu*; *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 11 ff.; *Plötscher*, Begriff (Fn. 4), S. 114 ff.

[27] EuGHE 1997, I – 1 ff. – *Pastoors*.

[28] EuGHE 1987, I – 5325 – *Saldanha*; EuGHE 1998, I – 7637 Rn. 26 ff. – *Bickel*; *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 38; *Kingreen*, Gleichheitsrechte (Fn. 5), § 17 Rn. 32.

absolutes Diskriminierungsverbot verstanden[29], was jedoch zu Recht auf Widerspruch stößt, da die unterschiedliche Behandlung von unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen insoweit nicht einleuchtet[30], da diese auch ansonsten gerade gleichgestellt werden. Entscheidend sind vielmehr die Anforderungen an die Rechtfertigung. Es kommt hinzu, dass mehrere Vorschriften, insbesondere Art. 39 Abs. 3, 46 Abs. 1 und 55 EGV insoweit explizit Ausnahmen zulassen.

Grundsätzlich begründet das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV ebenso wie die anderen Grundfreiheiten ein Differenzierungsverbot, das ergänzend neben die Gleichheitsrechte der nationalen Verfassungen tritt, da es eine Differenzierung verbietet, die nach nationalem Verfassungsrecht gerade erlaubt ist. Es tritt aber insofern mit dem nationalen Verfassungsrecht in Wechselwirkung, als das Gemeinschaftsrecht nicht den Fall erfasst, dass die Mitgliedstaaten bestimmte innerstaatliche Sachverhalte strengeren Regelungen als grenzüberschreitende Sachverhalte unterwerfen und damit Inländer gegenüber den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten unter Umständen benachteiligen. Dieser Fall der Inländerdiskriminierung, der teilweise auch als umgekehrte Diskriminierung qualifiziert wird, fällt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht in den Anwendungsbereich des Art. 12 EGV, und zwar nicht weil es sich um keine Diskriminierung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 EGV handelt, sondern vielmehr, weil dieser Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich des Vertrages fällt[31]. Die Lösung dieses Problems ist daher dem nationalen Verfassungsrecht überlassen. Entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes[32] muss daher Art. 3 Abs. 1 GG eingreifen[33]. Sachlich zeigt sich hier, dass das nationale Verfassungsrecht nicht nur durch das Europarecht überlagert wird, sondern ihm auch neue Probleme auferlegt werden.

3. Die Gleichstellung von Mann und Frau

Schon in den einleitenden Art. 2 und 3 Abs. 2 erhebt der EG-Vertrag die Gleichstellung von Mann und Frau zu einem seiner zentralen Ziele[34]. Dieses Ziel wird maßgebend durch die Norm des Art. 141 EGV sowie mehrere Richtlinien auf dessen Grundlage konkretisiert und umgesetzt. In seiner ursprünglichen Fassung normierte Art. 141 (ex 119 Abs. 1 und 2) EGV einen relativ begrenzten Grundsatz der Entgeltgleichheit. Zum einen war Art. 119 EGV a. F. seinem Wortlaut nach nicht auf gleichwertige, sondern nur auf gleiche Arbeit bezogen und zum

---

[29] *Holoubek*, Art. 12 EGV (Fn. 8), Rn. 53 ff.; *Kischel* (Fn. 5), S. 5.

[30] *Kingreen*, Gleichheitsrechte (Fn. 5), § 17 Rn. 32; *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 40; so jetzt auch unter Aufgabe der früheren gegenteiligen Auffassung *v. Bogdandy*, Art. 12 EGV (Fn. 13), Rn. 23.

[31] EuGHE 1986, 3221 (3242) – *Frz. Buchpreisbindung.*

[32] BVerwG, DVBl. 1970, 627.

[33] *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 11 m.w.N.

[34] Vgl. auch *Astrid Epiney/Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, S. 42 ff.

anderen in erster Linie wettbewerbspolitisch motiviert[35]. Schon in seiner ursprünglichen Fassung hat der EuGH Art. 119 EGV jedoch als umfassendes Entgeltgleichheitsgebot verstanden und sich von der wettbewerbspolitischen Motivation völlig gelöst, sodass Art. 141 EGV zur bedeutendsten und folgenreichsten Bestimmung des sozialpolitischen Kapitels des EG-Vertrages ausgeformt wurde[36]. Der Vertrag von Amsterdam hat die Regelungen des Art. 141 Abs. 1 EGV marginal dadurch modifiziert, dass die Entgeltgleichheit auch auf gleichwertige und nicht bloß gleiche Arbeit erstreckt worden ist[37]. Die entscheidenden Ergänzungen und Änderungen liegen jedoch darin, dass der Vertrag Art. 141 EGV um die Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen zur Durchsetzung und Gewährleistung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeitsbeschäftigungsfragen in Abs. 3 sowie die Öffnungsklausel für positive Diskriminierungsmaßnahmen in Abs. 4 erweitert hat. Die Ermächtigungsgrundlage des Art. 141 Abs. 3 EGV steht dabei in einem etwas unklaren Verhältnis zu den Ermächtigungen des Art. 137 Abs. 1 e und 137 Abs. 2 b EGV, die ebenfalls die Gemeinschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen auch durch den Erlass von Richtlinien ermächtigen[38]. In mehreren Schüben hat zudem der Europäische Gesetzgeber die Regelung durch insgesamt 9 Richtlinien, darunter zwei Richtlinien, die lediglich Änderungen früherer Richtlinien enthalten, konkretisiert und ergänzt. Dazu zählen insbesondere die Richtlinie über gleiches Entgelt von 1975[39], die Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976[40], die Richtlinien zur sozialen Sicherheit von 1978[41] und 1986[42], über selbstständige Erwerbstätigkeit von 1986[43] sowie über die Beweislastverteilung von 1997[44] und über die Teilzeitarbeit von 1997[45]. Daneben treten außerdem noch drei Richtlinien, die nicht unmittelbar auf Art. 141 (ex 119) EGV gestützt sind, aber ebenfalls der Gleichstellung der Frauen dienen[46]. Im Zusammenhang mit der insoweit wichtigen, wenngleich nicht immer auch im Detail überzeugenden Rechtsprechung des EuGH hat das Europarecht nicht nur das nationale Recht und

---

[35] Vgl. *Sebastian Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV (Fn. 9), Art. 141 Rn. 2 f.; *Christine Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 30 ff.

[36] *Krebber*, Art. 141 EGV (Fn. 35), Rn. 2; zu eventuellen Folgeproblemen hinsichtlich der unmittelbaren Wirkung ebd. Rn. 6.

[37] *Krebber*, Art. 141 EGV (Fn. 35), Rn. 2, 6, 57 f.; s. dazu auch *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht (Fn. 34), S. 64 ff.

[38] *Krebber*, Art. 141 EGV (Fn. 35), Rn. 97.

[39] 75/117/EG vom 10.2.75.

[40] 76/207/EG vom 9.2.76; geändert durch 2002 /73/EG.

[41] 79/7/EG vom 19.12.78.

[42] 86/378/EG vom 24.7.86; geändert durch 96/97/EG vom 20.12.96.

[43] 86/613/EG vom 11.12.86.

[44] 97/80/EG vom 15.12.97.

[45] 97/81/EG vom 15.12.97.

[46] 97/85/EG vom 19.10.92 (Schwangerschaft); 92/104/EG vom 23.11.93 (Arbeitszeit); 96/34/EG vom 3.6.96 (Erziehungsurlaub).

Verfassungsrecht überlagert und ergänzt, sondern auch auf das Verständnis und die Interpretation des nationalen Verfassungsrechts entscheidenden Einfluss ausgeübt. Vorrangig hat hier die Rechtsprechung des EuGH gewirkt, die dann teilweise auch von den Richtlinien nachvollzogen worden ist.

Formal ist die Vorschrift des Entgeltgleichheitsgebotes lediglich an die Mitgliedstaaten gerichtet. Der EuGH hat allerdings schon früh eine unmittelbare Wirkung gegenüber einem nichtstaatlichen Arbeitgeber anerkannt[47] und auch alsbald eine anfängliche Beschränkung auf Fälle der unmittelbaren Diskriminierung[48] zurückgenommen[49]. Insofern entfaltet Art. 141 Abs. 1 EGV unmittelbare Drittwirkung. Diese ist allerdings auf das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber beschränkt. Der unmittelbare Entgeltgleichheitsanspruch ist durch Art. 141 Abs. 1 EGV allerdings begründet, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber, die Tarifvertragsparteien, der betriebliche Partner oder Mitgliedstaat Urheber der Ungleichbehandlung ist[50].

Unzweifelhaft begründet Art. 141 EGV ein unmittelbares Diskriminierungsverbot, wonach Frauen und Männer nicht aufgrund ihres Geschlechts unterschiedlich behandelt werden dürfen. Klassischer Anwendungsfall dafür sind abweichende Rentenzugangsalter in Systemen der betrieblichen Altersvorsorge. In einer völlig gefestigten Rechtsprechung hat der EuGH aber mit erheblicher Tragweite und Ausstrahlungswirkung das Gebot der Entgeltgleichheit auch auf Fälle einer sog. mittelbaren Diskriminierung erstreckt, wobei der EuGH offenbar die Rechtsfigur aus seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot für Art. 141 EGV übernimmt. Das geht über Fälle einer versteckten Diskriminierung, in denen unter Umgehungsabsicht formal auf andere Kriterien als das Geschlecht abgestellt wird[51], weit hinaus. Unter dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung wird vielmehr verstanden, dass aus faktischen Ungleichheiten auf das Vorliegen einer Diskriminierung geschlossen wird. Dabei hat der EuGH ein Schema mit drei Kriterien entwickelt, das heute weitgehend auch die Zustimmung der Literatur findet[52]. Eine mittelbare Diskriminierung liegt danach vor, wenn die Regelung nicht unmittelbar an das Geschlecht, sondern an geschlechtsunspezifisch formulierte, neutrale Merkmale oder Kriterien anknüpft, wie im Fall der Teilzeitarbeit. Als zweites Kriterium setzt die mittelbare Diskriminierung voraus, dass wesentlich mehr Mitglieder eines Geschlechts tatsächlich durch die Regelung nachteilig betroffen sind. Drittens ist erforderlich,

---

[47] EuGHE 1976, 455 – *Defrenne II.*

[48] EuGHE 1976, 455 – *Defrenne II.*

[49] EuGHE 1981, 911 – *Jenkins.*

[50] *Krebber*, Art. 141 EGV (Fn. 35), Rn. 15.

[51] Vgl. *Gerlind Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, 1994, S. 72 f.; *Krebber*, Art. 141 EGV (Fn. 35), Rn. 39; *Epiney/Freiermuth Abt*; Recht (Fn. 34), S. 75 ff.

[52] Zur Rspr. im Einzelnen *Wisskirchen*, Diskriminierung (Fn. 51), S. 35 ff.; *Krebber,* Art. 141 EGV (Fn. 35), Rn. 42 ff. m.w.N.

dass sie nicht durch einen objektiv rechtfertigenden Grund getragen wird, der nichts mit der Diskriminierung selbst zu tun haben darf und zudem verhältnismäßig sein muss. Diese Konkretisierung der mittelbaren Diskriminierung ist jetzt durch Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 97/80/EG über die Beweislast bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts übernommen und damit vom Europäischen Gesetzgeber anerkannt worden. In der Literatur wird teilweise auch noch eine zusätzliche Kausalitätsprüfung in der Form gefordert, dass die nachteilige Wirkung auf der Geschlechtseigenschaft beruhen muss und insoweit nicht mit anderen Gründen erklärt werden kann[53]. Der EuGH hat dieses ergänzende Kausalitätskriterium jedoch zurückgewiesen[54].

4. Die Antidiskriminierungsmaßnahmen gem. Art. 13 EGV

Der Amsterdamer Vertrag hat die in Art. 12 und 141 EGV enthaltenen Diskriminierungsverbote nunmehr durch den neu eingeführten Art. 13 EGV ergänzt. Art. 13 EGV erfasst über diese beiden Diskriminierungsverbote hinaus weitere Diskriminierungen aus bestimmten Gründen, die wenige Bezüge zu dem eigentlichen Anliegen eines Gemeinsamen Marktes aufweisen. Deswegen ist die Einführung des Art. 13 EGV wegen seiner qualitativen Neuheit sogar als „Quantensprung" bezeichnet worden[55], der weit über die Wettbewerbs- und Marktsicherungen hinausreicht. Aus rechtsvergleichender Sicht lässt sich freilich bemerken, dass eine derartige Ausweitung wirtschaftsrechtlicher Kompetenzen auf allgemeine Diskriminierungsverbote, die vor allem aus ethischen Motiven heraus erlassen werden, nicht ungewöhnlich ist. Ein wesentlicher Teil der Rassendiskriminierungsgesetze des Bundes in den Vereinigten Staaten ist auf der Grundlage der wirtschaftsrechtlichen Kompetenzzuweisung der *commerce clause* ergangen, da andernfalls dem Bund die entsprechende Befugnis gefehlt hätte[56]. Einen ähnlichen Weg beschreitet nunmehr auch Art. 13 EGV.

Allerdings begründet Art. 13 EGV kein dem Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbares, direkt anwendbares Diskriminierungsverbot, sondern bildet nur eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Sekundärrecht, das seinerseits lediglich die Mitgliedstaaten verpflichtet. Anders als Art. 12 und 141 EGV sind die Diskriminierungsverbote des Art. 13 EGV nicht unmittelbar wirksam, sodass die Einzelnen sich nicht auf diese Norm berufen können[57]. Das schließt eine Bindung des

---

[53] Vgl. *Krebber*, Art. 141 EGV (Fn. 35), Rn. 44 m.w.N.

[54] EuGHE 1991, I-2205 Rn. 17 f. – *Kommission/Belgien.*

[55] *Matthias Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: VVDStRL 64 (2005), S. 298 (307).

[56] Vgl. *Katzenbach v. McClung*, 379 U. S. 294 (1964); *Heart of Atlanta Motel v. United States,* 379 U. S. 241 (1964); s. auch *Laurence Tribe*, American Constitutional Law, 3. ed. 2000, Vol. I. S. 827 f.

[57] Allg. M. *Astrid Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV (Fn. 9), Art. 13 EGV Rn. 1; *Rudolf Streinz*, in: ders., EUV/EGV (Fn. 21), Art. 13 EGV Rn. 1; in der Entscheidung EuGHE 2005, I-9981 – *Mangold*, umgeht der EuGH diese Beschränkung, indem er die Altersdiskriminierung als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts postuliert (Rn. 75), ihm aber zugleich im Gegensatz zu

Gemeinschaftsgesetzgebers an die Diskriminierungsverbote des Art. 13 EGV als allgemeinen Rechtsgrundsatz nicht aus[58], der allerdings wiederum nicht für die Mitgliedstaaten und den einzelnen Bürger verbindlich ist. Das gilt ebenso für die parallelen Diskriminierungsverbote des Art. 21 GrCh. Im Übrigen ist Art. 13 EGV im Verhältnis zu dem allgemeinen Gleichheitssatz und zu den Diskriminierungsverboten der Art. 12, 141 EGV subsidiär, hat aber Vorrang vor der allgemeinen subsidiären Rechtsgrundlage des Art. 308 EGV[59].

Inhaltlich greift Art. 13 EGV allerdings weit aus. Art. 13 EGV erweitert nicht nur die bisherigen Diskriminierungstatbestände durch die dort aufgeführten zusätzlichen Gründe, sondern der Diskriminierungsbegriff erfasst – ebenso wie in Art. 12 EGV – nicht nur formelle unmittelbare, sondern auch materielle mittelbare Diskriminierungen[60]. Daneben erlauben Sinn und Zweck ebenso wie die Formulierung des Art. 13 EGV neben dem Abbau von Diskriminierungen auch positive Maßnahmen zur Beseitigung der faktischen Schlechterstellung der betroffenen Gruppen[61]. Gerade die Beseitigung faktischer Diskriminierungen[62] ist eine wesentliche Zielsetzung dieser Norm.

Die Weite dieser Ermächtigung wird lediglich durch drei Bedingungen eingeschränkt. Die erste Bedingung liegt in dem Entscheidungsverfahren begründet. Art. 13 Abs. 1 EGV sieht im Hinblick auf die politische Sensibilität der Materie vor[63], dass auf Vorschlag der Kommission der Rat nur durch einstimmigen Beschluss und nach Anhörung des Parlaments Maßnahmen und darunter insbesondere Richtlinien beschließen darf. Dadurch wird gesichert, dass sich die Entscheidungen des Rates an einem Mindeststandard und nicht am Höchststandard eines einzelnen Staates orientieren. Die zweite Einschränkung liegt darin, dass die Maßnahme im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten liegen muss. Art. 13 EGV ist insofern enger als die Regelungen des Art. 12 EGV, der lediglich auf den Anwendungsbereich des Vertrages abstellt[64]. Allein der Zusammenhang mit gemeinschaftlich geregelten Situationen reicht nicht aus, allerdings setzt Art. 13 EGV nicht die Einschlägigkeit anderer Zuständigkeitsnormen voraus. Der Anwendungsbereich des Art. 13 EGV ist auf die materiellen Zuständigkeiten der Gemeinschaft beschränkt und bildet neben der Sachkompetenz insofern eine notwendige Rechtsgrundlage, als die jeweilige

---

allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch unmittelbare Wirkung zuschreibt; zur Kritik an dieser Kompetenzüberschreitung des EuGH vgl. hier zuletzt nur *Monika Böhm*, Umfang und Grenzen eines europäischen Verbots der Altersdiskriminierung im deutschen Recht, JZ 2008, S. 324 ff. m.w.N.

[58] *Epiney*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 2.

[59] *Epiney*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 3.

[60] *Epiney*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 4.

[61] *Epiney*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 4; *Rainer Wernsmann*, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, in: JZ 2005, S. 224 (227).

[62] *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht (Fn. 34), S. 197 ff.

[63] *Epiney*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 9.

[64] *Wernsmann*, Bindung (Fn. 61), S. 229 f.; *Streinz*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 12 f.

andere Sachkompetenz nicht notwendigerweise auch zur Bekämpfung von Diskriminierungen ermächtigt[65]. Das wird etwa relevant im Bereich der Steuern. Da die direkten Steuern in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen[66] und die Rechtsangleichung bzw. Harmonisierung gem. Art. 94 EGV kein eigenständiges Sachgebiet ist, kann die Europäische Gemeinschaft nicht auf der Grundlage des Art. 13 EGV im Bereich der Steuergesetzgebung tätig werden. Das schließt insbesondere aus, dass die Europäische Gemeinschaft das sog. Ehegattensplitting im Einkommensteuerrecht verbieten darf, auch wenn dies ursprünglich einmal auf europäischer Ebene erwogen worden ist[67].

Art. 13 EGV kommt insoweit akzessorischer Charakter zu[68]. Schließlich ist der Gemeinschaftsgesetzgeber ganz generell an die Vorgaben des Primärrechts gebunden, zu denen neben dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 4 Abs. 2 EGV auch die gemeinschaftlichen Grundrechte gehören[69]. Das gilt selbstverständlich auch ohne eine gesonderte Anordnung in Art. 13 EGV. Das bedeutet, dass die Richtlinien auf der Grundlage der Ermächtigung des Art. 13 EGV einerseits die Ermächtigungsgrundlage nicht überschreiten und andererseits die Vorgaben der Gemeinschaftsgrundrechte nicht verletzen dürfen.

Auf der Grundlage des Art. 13 EGV hat der Gemeinschaftsgesetzgeber mittlerweile drei Rechtsakte sowie auch ein Aktionsprogramm zur Bekämpfung von Diskriminierungen[70] erlassen. Die Richtlinie 2000/43 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft[71] ist zwar auf diese beiden Differenzierungsmerkmale beschränkt, verbietet aber grundsätzlich sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierungen. Sie gilt darüber hinaus nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern auch zwischen den Bürgern untereinander. Im Unterschied zur Begrenzung der Diskriminierungsverbote auf die beiden Merkmale der Rasse und der ethnischen Herkunft ist der materielle Anwendungsbereich in Art. 3 der Richtlinie außerordentlich weit gefasst und schließt neben der Einstellung von Arbeitnehmern die Ausbildung und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, bis hin zum Wohnraum ein. Damit schießt die Richtlinie, jedenfalls partiell, über die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften hinaus, wenn hierdurch der gesamte Zivilrechtsverkehr erfasst werden soll. Es

---

[65] *Epiney*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 6.

[66] EuGHE 2004, I-7477, Rn. 19 – *Manninen.*

[67] *Wernsmann*, Bindung (Fn. 61), S. 230.

[68] *Epiney*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 6; *Streinz*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 13.

[69] *Epiney*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 8; *Wernsmann*, Bindung (Fn. 61), S. 230 ff.

[70] Beschluss 2000/750/EG, ABl. L 303/23.

[71] RL 2000/43/EG, ABl. 2000 L 180/22; vgl. dazu eingehend *Jens C. Dammann*, Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, 2005, S. 196 ff.

kommt hinzu, dass die Regelung insoweit auch rechtsstaatlich bedenklich ist, weil sie zu unbestimmt ist[72].

Demgegenüber greift die Richtlinie 2000/78 zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf auch die anderen in Art. 13 EGV erwähnten Gründe verbotener Diskriminierung auf, indem aus Gründen der Religion und der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung eine Diskriminierung verboten ist[73]. Der Erweiterung der Diskriminierungsverbote steht freilich in diesem Fall eine Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auf das Arbeitsleben gegenüber, während die Konzeption im Hinblick auf die Definition der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie die vorgesehenen Wirkungen zwischen Staat und Bürger sowie zwischen Privaten der erstgenannten Richtlinie entsprechen.

Diese beiden Richtlinien werden noch durch die Richtlinie 2004/113 ergänzt, welche die Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen betrifft[74]. Sie beansprucht jedenfalls Wirkungen im Verhältnis zwischen Privaten, ist aber auch auf die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen begrenzt. Insoweit besteht ein enger Zusammenhang mit Art. 141 EGV. Die Richtlinie ist davon aber nicht gedeckt, sodass es der Ermächtigungsgrundlage des Art. 13 EGV bedurfte. Wichtig ist zudem, dass gem. Art. 5 der Richtlinie unterschiedliche Versicherungstarife jedenfalls dann trotz einer Differenzierung nach dem Geschlecht nicht von dem Verbot erfasst werden, wenn sie auf relevanten und exakten versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhen.

In ihrem Zusammenspiel begründen die drei Richtlinien ein umfassendes Diskriminierungsverbot gerade auch in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen. Die Reichweite der Diskriminierungsverbote und die umfassende Geltung auch für Privatrechtsverhältnisse haben bewirkt, dass ihre gesetzliche Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten, so auch in Deutschland, kontrovers war und auf erhebliche Widerstände gestoßen ist. Nachdem ein erster Entwurf gescheitert war[75], ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz allerdings am 18.8.2006 in Kraft getreten[76].

Die Schwierigkeiten beruhten in Deutschland zum Teil jedoch auch darauf, dass das nunmehr vorliegende Antidiskriminierungsgesetz noch einmal deutlich

---

[72] *Georg Maier-Reimer*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, in: NJW 2006, S. 2577 (2578).

[73] RL 2000/78/EG, ABl. L 303/16; dazu eingehend *Pierre M. Kummer*, Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2000/28/EG), 2003, S. 5 ff.; *Jochen Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2004, S. 188 ff.

[74] RL 2004/113/EG, Abl. L 373/37; vgl. dazu *Karl Riesenhuber/Jens-Uwe Franck,* Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, in: JZ 2004, S. 529 ff.

[75] BT-Drs. 15/4538; dazu eingehend *Dammann*, Grenzen (Fn. 71), S. 344 ff.; heftige Kritik z.B. bei *Eduard Picker,* Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm, in: JZ 2003, S. 540 ff. m.w.N.

[76] BGBl. I 1897; BT-Drs. 16/1780.

über die Vorgaben der Richtlinien hinausgeht. Während die Antirassismusrichtlinie einen engen Katalog von Differenzierungsverboten mit einem weiten sachlichen Anwendungsbereich und die Beschäftigungsrichtlinie einen umfassenden Katalog von Differenzierungsverboten mit einem engen Anwendungsbereich verbindet, kombiniert nun das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz den umfassenden Katalog unzulässiger Differenzierungsgründe der Beschäftigungsrichtlinie mit dem weiten sachlichen Anwendungsbereich der Antirassismusrichtlinie, sodass die Diskriminierungsverbote eine erhebliche Ausweitung erfahren. So wird der relativ umfassende Katalog der Differenzierungsverbote etwa auch in solchen Privatrechtsverhältnissen wie einem Mietverhältnis[77] unmittelbar bedeutsam.

Die Umsetzung der Richtlinien durch den deutschen Gesetzgeber wirft daher eine ganze Reihe komplizierter Rechtsfragen auf, die weitgehend daraus resultieren, dass in vertrackter Weise vier verschiedene Rechtsebenen ineinander spielen, sodass offenbar den Beteiligten gelegentlich die Übersicht verloren geht. Hier überlagern sich nämlich vier Ebenen: erstens des Europäischen Primärrechts, zweitens des Europäischen Sekundärrechts, drittens des nationalen Verfassungsrechts und schließlich viertens des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.
Als erstes wirft schon das Verhältnis zwischen den Richtlinien und dem Primärrecht diffizile Fragen auf. Die Antirassismusrichtlinie und die Beschäftigungsrichtlinie verbieten jeweils unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen. Mittelbare Diskriminierungen liegen allerdings nach Art. 2 Abs. 2 b der Ril 43 und 78 nur dann vor, wenn neutrale Differenzierungen in der Lebenswirklichkeit faktisch zu Ungleichheiten führen **und** diese nicht gerechtfertigt werden können. Gerechtfertigte Differenzierungen sind danach schon tatbestandlich keine Diskriminierung. Demgegenüber soll für unmittelbare Diskriminierungen Art. 2 Abs. 2 a der Ril 43 und 78 gelten, wonach eine Rechtfertigungsmöglichkeit nicht besteht, sodass unabhängig von ihrer Rechtfertigung eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt. Insoweit gehen die Richtlinien über die Ermächtigungsgrundlage des Art. 13 EGV hinaus, an dessen Grenzen sich die Richtlinien jedoch halten müssen. Entscheidend ist hier folgende Überlegung. Art. 13 EGV selbst trifft im Hinblick auf die Rechtfertigungsmöglichkeit von Differenzierungen keine unmittelbare Aussage. Allerdings ist die rechtliche Lage bei Art. 12 Abs. 1 EGV, wie oben bereits dargestellt, ganz ähnlich gelagert, da diese Norm dieselben Begriffe verwendet. Hier haben aber der EuGH und die Literatur zu Recht konstatiert, dass auch die Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen durchaus denkbar ist. Überträgt man diesen Gedanken auf Art. 13 EGV bedeutet dies, dass in dem Fall, in dem eine unmittelbare Diskriminierung gerechtfertigt werden kann, keine Diskriminierung aus Gründen des jeweiligen Merkmals vorliegt[78]. Art. 13 EGV enthält damit, ebenso wie Art. 12 EGV, kein Anknüpfungsverbot, sondern nur ein Begrün-

[77] Speziell dazu *Christian Rolfs,* Allgemeine Gleichbehandlung im Mietrecht, in: NJW 2007, S. 1489 ff.
[78] So überzeugend *Wernsmann*, Bindung (Fn. 61), S. 228 f.; im Ergebnis so jetzt auch EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, Rn. 48 ff. – *Palacios de la Villa*, EuGRZ 2007, 690 (694 f.).

dungsverbot[79]. Die Tatsache, dass Art. 13 EGV kein unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot enthält, sondern nur eine Ermächtigung zum Erlass von Diskriminierungsverboten, ändert nichts an dieser Überlegung. Deshalb legitimiert Art. 13 EGV nur Verbote von Diskriminierungen, die sich nicht rechtfertigen lassen. Insofern kann sich in der weiteren Folge auch der jeweilige nationale Gesetzgeber nicht darauf berufen, dass das Europäische Gemeinschaftsrecht ein weitergehendes Diskriminierungsverbot vorschreiben würde. Jedenfalls müssen sich darüber hinausgehende Diskriminierungsverbote gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht rechtfertigen lassen. Teilweise wird diese Überlegung auch aus den Gemeinschafsgrundrechten hergeleitet[80]. Das ist zumindest dann richtig, wenn die Gemeinschaftsgrundrechte die Zulässigkeit entsprechender Differenzierungen positiv gebieten.

Ein weiterer Kreis von Problemen ergibt sich aus der Relation zwischen der Ermächtigung durch die Richtlinien und dem nationalen Gesetz. Exemplarisch können hier die Interpretationen des Merkmals der öffentlichen Zugänglichkeit sowie die Beweislastregelung herangezogen werden. So ist nach § 19 Abs. 2 AGG eine Benachteiligung aufgrund der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse unter anderem im Sinne des § 2 Abs. 1 Ziffer 8 AGG untersagt, welche den Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum zum Gegenstand hat. Hier übernimmt der deutsche Gesetzgeber wörtlich die Formulierung der Antirassismusrichtlinie. Nach der Antirassismusrichtlinie sind damit Güter und Dienstleistungen gemeint, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen. Die Regierungsbegründung zum deutschen Gesetz legt die Formulierung „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen" jedoch wesentlich weiter aus, weil es danach auch ausreicht, dass ein Angebot durch Anzeige in Tageszeitungen, Schaufensterauslagen und Veröffentlichungen im Internet öffentlich gemacht wird[81]. Insofern spricht alles dafür, dass die Überlegungen der Regierungsbegründung im Widerspruch zu den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts stehen und die Auslegung sich daran orientieren muss[82]. Die Beweislastregelung ist ein weiteres Beispiel. Hier ist fraglich, ob der Beweis der Indizien, die eine Umkehrung der Beweislast zur Folge haben, bereits durch eine Glaubhaftmachung erreicht wird, wie der deutsche Gesetzgeber annimmt, oder ob die Indizien eines Vollbeweises bedürfen, worauf die englischen und französi-

---

[79] Zu dieser Differenzierung *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 122, 124 m.w.N.

[80] *Epiney*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 8.

[81] BT-Drs. 16/1780, S. 32.

[82] *Maier-Reimer*, AGG (Fn. 72), S. 2579 f.; *Burkhard Schöbener/Florian Storck*, Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht, in: ZEuS 7 (2004), S. 43 (65 ff., insb. 74 f.).

schen Fassungen der Richtlinien deuten[83]. Schließlich widerspricht der Verschuldensmaßstab des deutschen Gesetzes für den Schadensersatz dem Europarecht[84]. Insofern dürften die Vorgaben des Europäischen Sekundärrechts auch der Interpretation des deutschen Antidiskriminierungsrechts Restriktionen auferlegen.

Schließlich stellt sich das Problem der Vereinbarkeit der Diskriminierungsverbote des Sekundärrechts mit den Gemeinschaftsgrundrechten sowie des deutschen Gleichbehandlungsgesetzes mit den Grundrechten des Grundgesetzes. Auf beiden Ebenen können die Diskriminierungsverbote, also die des Sekundärrechts sowie des nationalen einfachen Gesetzesrechts, prinzipiell in eine Kollision mit dem Grundsatz der Privatautonomie geraten. Die Privatautonomie wird grundsätzlich auf europäischer wie auch deutscher Ebene geschützt. Zwar ist die Vertragsfreiheit explizit weder von der EMRK noch von der Grundrechtecharta garantiert, der EuGH sieht aber die freie Wahl des Vertragspartners im geschäftlichen Bereich als von der Berufsfreiheit umfasst an[85]. Entsprechendes muss für die freie Auswahl des Vertragspartners im Bereich des Eigentums gelten, sodass die Privatautonomie nach allgemeiner Auffassung auch gemeinschaftsrechtlich geschützt ist[86]. Im deutschen Verfassungsrecht wird die Privatautonomie als „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung"[87] ebenfalls durch mehrere Grundrechte abgesichert, wobei die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG auch in diesem Bereich als Auffanggrundrecht fungiert[88].

Freilich ist das Grundgesetz mit seinen Grundrechten nicht anwendbar, soweit das Europarecht durch seine Richtlinien eine entsprechende Regelung gebietet. Insoweit greift nur das Europäische Gemeinschaftsrecht. Anwendbar ist das Grundgesetz allerdings in drei Fällen. Erstens dann, wenn der nationale Gesetzgeber über Umsetzungsspielräume verfügt, zweitens, wenn der nationale Gesetzgeber über die Anforderungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts hinausgeht und drittens, wenn der nationale Gesetzgeber über den Anwendungsbereich des Europäischen Gemeinschaftsrechts hinausgeht. Da der deutsche Gesetzgeber mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz den umfassenden Katalog mit dem umfassenden Anwendungsbereich kombiniert, ist dies in erheblichem Umfang der Fall.

Sowohl die im Gemeinschaftsrecht geschützte Privatautonomie als auch die durch das Grundgesetz garantierte Privatautonomie sind nicht schrankenlos gewährleistet, sondern können eingeschränkt werden. Der EuGH verlangt insoweit,

[83] *Maier-Reimer*, AGG (Fn. 72), S. 2582.

[84] Vgl. *Dagmar Schiek,* in: dies. (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 21 Rn. 22; dagegen richtet sich nun auch die Kritik der Kommission.

[85] EuGHE 1991, I-3633 Rn. 13.

[86] *Streinz*, Art. 13 EGV (Fn. 57), Rn. 23; Art. 12 EGV Rn. 66, Art. 16 GRCh Rn. 1;. *Schöbener/Stork*, Anti-Diskriminierungsregelungen (Fn. 82), S. 55 ff.

[87] BVerfGE 81, 242 (254).

[88] Vgl. *Matthias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 287 ff.

dass die Grundrechtseinschränkung den Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entspricht und nicht unverhältnismäßig ist[89], was jetzt auch durch Art. 52 Abs. 1 der Grundrechtecharta bestätigt wird. Allerdings ist die Kontrolle durch den EuGH außerordentlich zurückhaltend[90]. Auch die Vertragsfreiheit, soweit sie durch Art. 14 Abs. 1 und durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, unterliegt weitreichenden Einschränkungsmöglichkeiten durch den einfachen Gesetzgeber, wobei allerdings das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtet werden muss. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass im Unterschied zu dem allgemeinen Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG, das im Verhältnis zu Privaten gerade nicht gilt[91], die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG inzwischen durchaus bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts berücksichtigt werden müssen und Eingriffe in die Privatautonomie rechtfertigen[92].

Entscheidend für die Beurteilung der Vereinbarkeit bestimmter Diskriminierungsverbote in privaten Rechtsverhältnissen ist daher sowohl auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene wie auf der grundgesetzlichen Ebene[93], auf der einen Seite wie intensiv die persönliche Freiheit und Privatsphäre im Bereich der Privatautonomie betroffen ist und auf der anderen Seite inwieweit die Diskriminierungen den Einzelnen in seiner Privatsphäre berühren. Ganz generell wird man daher feststellen können[94], dass – wiederum auf der Gemeinschaftsebene ebenso wie auf der nationalen Ebene – die Eingriffe in die Privatautonomie von geringerer Intensität sind, sofern der Träger dieser Privatautonomie und seine Tätigkeiten einen sozialen Bezug aufweisen. Soweit etwa Diskotheken, Geschäfte oder Restaurants für eine unbestimmte Öffentlichkeit geöffnet bleiben, ist der Eingriff in die persönliche Freiheit gering. Demgegenüber liegt in einer Zurückweisung, vor allem aus rassistischen und ethnischen Gründen, aber auch aus den in anderen umfassenderen Katalogen des Art. 13 EGV wie des AGG enthaltenen Diskriminierungsgründen, häufig eine formale und öffentliche Herabwürdigung, sodass auf-

---

[89] EuGHE 1989, 2609 Rn. 18 – *Wachauf*; 2000, I-2737 Rn. 45 – *Karlsson*; vgl. auch *Dirk Ehlers*, Allgemeine Lehren, in: ders., Grundrechte (Fn. 5), § 13 Rn. 42 ff.

[90] EuGHE 1994, I-4973 Rn. 94 – *Bananenmarkt I*; kritisch insoweit *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz (Fn. 55), S. 321 ff.

[91] *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 69 f.

[92] *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 138; eine (Schutz) Pflicht zum Erlass von Antidiskriminierungsgesetzen begründen sie indes nicht vgl. *Dammann*, Grenzen (Fn. 71), S. 48 ff.

[93] Einseitig die Privatautonomie herausstellend die Beiträge von *Tilman Repgen, Thomas Lobinger und Josef Isensee*, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11 ff., 99 ff., 239 ff.; abgewogener *Eberhard Eichenhofer,* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: DVBl. 2004, S. 1078 (1084 ff.); der Hinweis auf die positive bzw. faktische Vertragsfreiheit der Diskriminierungsopfer ist sicher richtig (vgl. *Michael Schreier,* Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – wirklich ein Eingriff in die Vertragsfreiheit?, in: KJ 40 (2007), S. 278 ff. (283 ff.)), sie ist aber rechtlich nicht äquivalent.

[94] Vgl. den differenzierten Kriterienkatalog für die Abwägung bei *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz (Fn. 55), S. 347 ff.; insgesamt die Diskriminierungsverboten entgegenstehende Rechte eher gering einschätzend *Gabriele Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: VVDStRL 64 (2004), S. 355 (365 ff.).

grund einer Abwägung dieser Gesichtspunkte eine Durchsetzung des Diskriminierungsverbots mit den Grundrechten vereinbar ist. Bei Mietverträgen wird man entscheidend darauf abstellen müssen, ob der Vermieter persönlich einzelne Wohnungen, und unter Umständen in räumlicher Nähe mit ihm, für seinen eigenen Lebensunterhalt vermietet oder ob es sich um kommerzielle Vermieter mit einer großen Vielfalt unterschiedlicher Mietobjekte handelt. Insofern ist schon die Regelung der Europäischen Richtlinien teilweise problematisch[95], was umso mehr für die deutschen Regelungen gilt, die sogar die anderen Diskriminierungsverbote auf Mietverhältnisse erstrecken. Folglich ist im Bereich von öffentlich frei zugänglichen Diskotheken, Restaurants und Geschäften, die ihre Waren und Dienstleistungen letztlich ohne Ansehen der Person anbieten, ein Kontrahierungszwang ohne Weiteres mit der Privatautonomie vereinbar. Selbst im Bereich der Vermietung wird ein Kontrahierungszwang für kommerzielle Vermieter durchaus in Betracht kommen, während bei Vermietungen in selbstgenutzten Mietobjekten ein Kontrahierungszwang gegen die Privatautonomie des Vermieters verstoßen dürfte. Einfachgesetzlich mag man aus der Gesetzgebungsgeschichte des AGG ableiten[96], dass ein Kontrahierungszwang durch das AGG jedenfalls nicht generell intendiert ist[97]. Im Bereich der öffentlich zugänglichen Geschäfte, Restaurants und Diskotheken wird man in diesen Fällen jedoch einen Kontrahierungszwang bejahen können[98], wobei an dieser Stelle die zivilrechtliche dogmatische Konstruktion offen bleiben kann[99].

[95] Vgl. die ähnliche Bewertung bei *Wernsmann*, Bindung (Fn. 61), S. 232 f.

[96] Die frühere Fassung verwies im Gegensatz zum verabschiedeten Gesetz auf den Kontrahierungszwang, s. BT-Drs. 15/4538, S. 43.

[97] Vgl. *Christian Armbrüster*, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?, in: NJW 2007, S. 1494 ff.; vorsichtiger *ders.,* in: B. Rudolf/M. Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, 2007, § 7 Rn. 185 ff.; für Kontrahierungszwang dagegen die h.M. *Schiek,* § 21 (Fn. 84), Rn. 8 ff.; *Christiane Nollert-Borasio/Martina Perreng,* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2006, § 21 Rn. 2; *Reinhard Gaier/Holger Wendtland,* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2006, Rn. 207 ff.; *Wolfgang Däubler/Martin Bertzbach* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 21 Rn. 75 ff.; *Jost-Hubertus Bauer/Burkard Göpfert/Steffen Krieger,* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 21 Rn. 6.

[98] Vgl. *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 138; *Tilman Bezzenberger*, Ethnische Diskriminierung. Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, in: AcP 196 (1996), S. 395 (421 ff.); ablehnend *Michael Timme*, Rechtliche Behandlung von Zutrittsverweisungen gegenüber Ausländern im Gaststättengewerbe, in: ZAR 1997, S. 130 ff.; *Schöbener/Stork*, Anti-Diskriminierungsregelungen (Fn. 82), S. 60.

[99] Entweder lässt sich dies über eine verfassungsorientierte Auslegung des § 826 BGB oder des Beseitigungsrechts des AGG herleiten.

III. Auswirkungen der Europäischen Diskriminierungsverbote auf das nationale Recht und Verfassungsrecht

Gerade im Bereich der Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote des Europäischen Primär- und Sekundärrechts hat das Europarecht unmittelbar und durch die Rechtsprechung des EuGH das deutsche Verfassungsrecht und seine Interpretation tiefgreifend beeinflusst und verändert. Teilweise hat das Europäische Gemeinschaftsrecht hier innovativ gewirkt, teilweise haben sich erhebliche Reibungen zwischen den beiden Ebenen ergeben. Dabei lassen sich verschiedene Funktionen und Wirkungen unterscheiden.

1. Verfassungsänderung: Gleichberechtigung und Streitkräfte

Die deutlichste und gravierendste Änderung des deutschen Verfassungsrechts im Bereich der Gleichheitsrechte hat der EuGH mit seiner Tanja-Kreil-Entscheidung bewirkt, indem er die Gleichbehandlungsrichtlinie auch auf den Zugang zu den Streitkräften ausgedehnt hat[100], während Art. 12a GG gerade die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Bereich der Streitkräfte explizit verfassungsrechtlich ausgeschlossen hatte. Damit hat der EuGH ein bisher bestehendes Reservat bzw. eine Exklave des Gleichbehandlungsgrundsatzes demonstrativ aufgebrochen. Zwar hatte der EuGH schon vorher die Gleichbehandlungsrichtlinie auf den öffentlichen Dienst ausgeweitet, jedoch erlaubten nach seiner Rechtsprechung Gründe der öffentlichen Sicherheit gem. Art. 30, 38, 46, 296, 224 EGV teilweise Ausnahmen von diesem Grundsatz. Bei der Frage des Zugangs zu den Streitkräften hat der EuGH jedoch derartige Ausnahmegründe nicht anerkannt, da das Geschlecht keine unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung der Funktionen in den Streitkräften sei und dies auch letztlich kein Problem nationaler Sicherheit darstelle[101]. Dementsprechend hat der deutsche verfassungsändernde Gesetzgeber auch das Waffendienstverbot für Frauen in Art. 12 a Abs. 4 GG beseitigt[102]. Dies ist im Übrigen die einzige unmittelbar vom EuGH veranlasste Verfassungsänderung. Allerdings erfasst die Gleichbehandlungsrichtlinie nicht die Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer, sodass es insoweit auch bei der alten, bisher bestehenden Differenzierung des 12a Abs. 1 GG bleibt[103].

---

[100] EuGHE 2000, 69 – *Tanja Kreil.*

[101] Vgl. näher *Werner Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 12a Rn. 5 f.

[102] 48. Ges. z. Änderung des GG v. 19.12.2000 (BGBl. I S. 1755).

[103] *Heun*, Art. 12a (Fn. 101), Rn. 7.

2. Innovative Interpretationsänderung: Das Problem der mittelbaren Diskriminierung

Das deutsche Verfassungsrecht enthält explizit keine Regelungen über mittelbare Diskriminierungen. Deshalb war allgemein die These, dass Art. 3 GG auch mittelbare Diskriminierungen erfasse, dezidiert abgelehnt worden. Die Rechtsprechung des EuGH hat hier auch für das deutsche Verfassungsrecht insofern einen Wandel bewirkt, als heute jedenfalls für Art. 3 Abs. 2 GG anerkannt ist, dass das Gebot der Gleichstellung von Mann und Frau auch mittelbare Diskriminierungen erfasst[104]. Demgegenüber ist nach wie vor umstritten, ob Art. 3 Abs. 3 GG auch mittelbare Diskriminierungen für die dort verbotenen Differenzierungsgründe untersagt[105].

3. Praktische Durchsetzung

Nicht unerhebliche Wirkungen hat der EuGH dadurch erzielt, dass er häufig schneller als das Bundesverfassungsgericht im Falle seiner Anrufung entscheidet. Er hat damit zu einer Verbesserung der Durchsetzung der Diskriminierungsverbote, die gleichermaßen auf europäischer wie auf nationaler Ebene bestehen, beigetragen[106].

4. Befriedungswirkung: Quoten

Im Gefolge der amerikanischen Diskussion und Rechtsprechung des Supreme Court zur Zulässigkeit sog. *affirmative action*[107] war in Deutschland die verfassungsrechtliche Zulässigkeit positiver Fördermaßnahmen bei der Gleichstellung heftig umstritten. Während die Mehrheit in der Literatur die Zulässigkeit von positiven Fördermaßnahmen und insbesondere von Frauenquoten ablehnte, wurde sie teilweise für zulässig gehalten[108]. Die Rechtsprechung des EuGH in dieser Frage hat dadurch, dass nur in engen Grenzen positive Fördermaßnahmen und eine Bevorzugung von Frauen europarechtlich für zulässig befunden wurde[109], praktisch den Streit auch im nationalen Verfassungsrecht beendet und die Situation befriedet. Dies kann als gelungenes Beispiel dafür gelten, dass durch die Verlagerung auf die europäische Ebene drängende Streitfragen mit befriedender Wirkung beigelegt werden können.

---

[104] Zur Diskussion *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 103 m.w.N.

[105] Zu diesem Problem *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 124 m.w.N.

[106] Vgl. *Sibylle Raasch,* Vom Verbot der Geschlechtsdiskriminierung zum Schutz von Diversity, in: KJ 37 (2004), S. 394 (411).

[107] Vgl. hier nur *Michael Rosenfeld*, Affirmative Action and Justice, 1991.

[108] Vgl. *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 101, 104 m.w.N.

[109] EuGHE 1995, 3051 – *Kalanke*; EuGHE 1997, 6363 – *Marschall*, s. a. EuGHE 2000, 1875 – *Badeck*.

5. Instrumentalisierungsfunktion: Das Antidiskriminierungsrecht

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist ein Beispiel für die Instrumentalisierung des Europäischen Gemeinschaftsrechts in doppelter Hinsicht. Zum einen lässt sich über die Europäische Gemeinschaftsebene häufig die Durchsetzung von Maßnahmen erreichen, die auf nationaler Ebene nur schwer oder gar nicht erreichbar wären. Das Europäische Gemeinschaftsrecht ist hier oft nichts anderes als ein Umweg, der antizipierte oder befürchtete Widerstände durch die Höherrangigkeit des Gemeinschaftsrechts zu überwinden sucht, zumal auf dieser Ebene die Rolle der Parlamente und der allgemeinen Öffentlichkeit weitaus schwächer ausgeprägt ist. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist aber auch ein Beispiel dafür, dass der nationale Gesetzgeber zum anderen die Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts dazu benutzen kann, weit über die Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts hinaus seine eigenen politischen Ziele durchzusetzen. Die deutliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der Europäischen Richtlinien durch den deutschen Gesetzgeber, die durch die Vorgaben der Richtlinien in keiner Weise präjudiziert war, ist hier ein eindrucksvolles Beispiel, wenngleich es sich mehr um symbolische Politik handelt[110].

Insgesamt erweist sich der Bereich der Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote des Europäischen Gemeinschaftsrechts als Element einer besonders weitreichenden Beeinflussung des nationalen Rechts und insbesondere des Verfassungsrechts. Dabei hat das Europäische Gemeinschaftsrecht nicht nur durch seinen Anwendungsvorrang deutsches Verfassungsrecht verdrängt, sondern auch durch seine innovativen Konzeptionen nicht unerheblich bereichert.

[110] Vgl. jetzt die Umfrage, wonach die befürchtete Flut von Anträgen und Prozessen ausgeblieben ist, in: Personalmagazin 02/08, S. 42 f.

Europäisierung und die Souveränität des Staates

Péter Szilágyi

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den Fragen, was die Souveränität des Staates heute bedeutet, wie die europäische Integration die Souveränität der Mitgliedstaaten der EU beeinflusst und worin sich die Europäisierung der Souveränität äußert.

Der Begriff der Souveränität ist schon lange Zeit ein vieldiskutierter. Am Anfang des 20. Jahrhunderts schrieb *Georg Jellinek* in seiner Allgemeinen Staatslehre: „Bis tief in die Literatur des 19. Jahrhunderts, ja bis in die Gegenwart hinein, dauern die Unklarheiten und Verwirrungen in der Auffassung der Souveränität an.“[1] *Jellinek* hat auch *Rehm* beeinflusst, der nachweist, wie in der Literatur und der offiziellen Sprache die drei verschiedenen Bedeutungen der Souveränität (als Eigenschaft der Staatsgewalt, als Rechtsstellung des höchsten Staatsorgans und als Staatsgewalt) fortwährend durcheinanderlaufen.

Nach dem ersten Weltkrieg wurde der Streit um die Begrifflichkeit der Souveränität noch schärfer. Zu erwähnen sind insoweit vor allem die Werke von *Hans Kelsen*[2], *Harold Laski*[3], *Carl Schmitt*[4] und *Hermann Heller*[5], weiter solche Schriften,

[1] *Georg Jellinek,* Allgemeine Staatslehre, 1920, S. 473.

[2] *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, 1920.

die die Krise der modernen Staatlichkeit diagnostizierten. Zu diesen gehören unter anderem die Schriften von *Moritz Julius Bonn*[6] und *Alfred Weber*[7] sowie die Feststellung von *Carl Schmitt*, dass das Zeitalter der Staatlichkeit, das vom 16. bis 20. Jahrhundert reiche, bald ein Ende nehmen werde[8].

Am Ende des 20. Jahrhunderts haben die Erscheinungen der Globalisierung und die Entwicklung der europäischen Integration dem Streit neue Impulse gegeben. Die Lage ist aber heute ganz anders, als sie es in den 1920er bis 1930er Jahren war. Früher war hauptsächlich die Interpretation des Souveränitätsbegriffes umstritten. Die theoretische Kritik richtete sich vor allem gegen das sog. Souveränitätsdogma, gegen die Auffassung der Souveränität als einer absoluten, unbeschränkten und unbeschränkbaren Gewalt.

Im Zeitalter der Globalisierung und europäischen Integration wurde dieses Dogma unvertretbar. Heutzutage ist die Sache selbst fraglich geworden, d.h., die Frage lautet: Wenn die globalisierte Weltwirtschaft und ihre Institutionen (WTO, Weltbank usw.) die Tätigkeiten und Handlungsfähigkeit der Staaten faktisch in großem Maße beschränken, wenn die europäische Integration die Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten auch juristisch in bedeutendem Maße einschränkt und die Organe der Europäischen Union die Mitgliedstaaten rechtlich verpflichten können, kann dann überhaupt noch jene Eigenschaft der modernen Staatsgewalt existieren, die mit der Kategorie der Souveränität bezeichnet ist?

Vor der Untersuchung der heutigen Lage sowie der Meinungen zur Souveränität des Staates ist es unentbehrlich, den Begriff der Souveränität, der den vorliegenden Ausführungen zugrunde liegt, zu erklären. Anders gewendet: Welche Merkmale der Souveränität werden nach hiesiger Auffassung für richtig und vertretbar unter denen gehalten, die in der Fachliteratur konzipiert worden sind. Der Rahmen dieses Beitrages erlaubt es nicht, ausführliche literarische Hinweise zu geben. Es soll nur erwähnt werden, dass sich die vorliegenden Ausführungen vor allem auf die Werke von *Georg Jellinek*[9] und *Helmut Quaritsch*[10] stützen.

Als Ausgangspunkt und -these ist zunächst festzustellen, dass ich mit der auch von *Kelsen* vertretenen Auffassung nicht einverstanden bin, dass der Begriff der Souveränität nicht mehr oder weniger historisch sei als der des Staates und des Rechtes selbst und dass dies ebenso für Staat und Recht der alten Ägypter wie der

---

3 *Harold Laski,* The Foundations of Souvereignty and Other Essays, London 1921.

4 *Carl Schmitt*, Politische Theologie – Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 1922.

5 *Hermann Heller*, Die Souveränität – Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, 1927.

6 *Moritz Julius Bonn*, Die Auflösung des modernen Staates, 1921.

7 *Alfred Weber*, Die Krise des modernen Staatsgedankens in Europa, 1925.

8 *Carl Schmitt*, Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, 1996, S. 10, bzw. ders., Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff (1941), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 1958, S. 375.

9 *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 1).

10 *Helmut Quaritsch*, Staat und Souveränität, Bd. 1: Die Grundlagen, 1970.

modernen Europäer Geltung habe[11]. Ich halte die Souveränität des Staates – wie ich glaube, im Einklang mit der herrschenden Meinung – für eine historische Kategorie, die eine Eigenschaft des modernen Staates und nur seine Eigenschaft bezeichnet.

Aus dieser Ausgangsthese folgt, dass die Untersuchung der Entstehung dieses Begriffes bei seiner Erklärung unentbehrlich ist. Die Umstände der Entstehung des Souveränitätsbegriffes sind durch solche Merkmale charakterisiert, die später Missverständnisse verursacht haben.

Lehrreich ist auch heute noch der Gedanke *Jellineks*: „Bei keinem der staatsrechtlichen Grundbegriffe tut Erforschung seiner geschichtlichen Entwicklung mehr not als bei dem der Souveränität. … Die folgende Darstellung wird lehren, daß es sich in erster Linie um die Erkenntnis der historisch-politischen Verhältnisse handelt, aus denen er sich entwickelt hat. Souveränität ist ihrem geschichtlichen Ursprunge nach eine politische Vorstellung, die sich später zu einer juristischen verdichtet hat. Nicht weltfremde Gelehrte haben sie in ihrer Studierstube entdeckt, gewaltige Mächte, deren Kampf den Inhalt von Jahrhunderten bildet, haben sie ins Dasein gerufen."[12]

Meiner Meinung nach sind diese Feststellungen von *Jellinek* für das Verstehen und Erklären des Souveränitätsbegriffes sehr wichtig. Das bedeutet erstens, dass der Begriff der Souveränität in jenem Prozess geboren ist, welcher zum modernen Kapitalismus und zum modernen Staat geführt hat. Ein wesentliches Element dieses Prozesses war der Kampf der französischen Könige um die Zentralisation der Staatsgewalt, um die Verstärkung der königlichen Macht, der an drei Fronten betrieben wurde: gegen den Papst, gegen den Kaiser und gegen die Feudalherren. Die Bedeutung dieser dritten Front wurde später zurückgedrängt, obwohl dies die staatliche Monopolisierung der legitimen physischen Gewaltausübung unter weitgehender Ausschaltung intermediärer Gewalten gezeitigt hat. Diese Monopolisierung wurde mit weiteren Kompetenzen ergänzt, vor allem mit dem Recht und der realen Möglichkeit der Gesetzgebung. So wurde die Macht der Könige die stärkste, die als höchste Gewalt interpretiert wurde. Die Bedingungen dieser Entwicklung wurden durch die Kapitalisierung erzeugt, aber die Religionskriege markieren den Umschlagspunkt, weil sie ersichtlich machten, dass nur eine solche höchste Gewalt den inneren Frieden sichern kann. Die Kämpfe der Könige an den beiden anderen Fronten führten – wie bekannt – zur Säkularität, Unabhängigkeit und Gleichberechtigung des Staates. So wurde die moderne Staatsgewalt die höchste, unabgeleitete, ihrerseits keiner weiteren, fremden Bindung oder Derogationsmöglichkeit unterliegende Herrschergewalt.

---

[11] *Kelsen*, Problem (Fn. 2), S. 4.
[12] *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 1), S. 435.

Diese Eigenschaften des modernen Staates drücken sich aus in der Kategorie der Souveränität, genauer in der Souveränität des Staates. Ihren Inhalt können wir nach *Quaritsch* wie folgt zusammenfassen:

(1.) die rechtlichte Selbstständigkeit des weltlichen Herrschaftsverbandes gegenüber extern getroffenen Entscheidungen mit Verbindlichkeitsanspruch, (2.) die Möglichkeit und Zuständigkeit der weltlichen Herrschaftszentrale, neues Recht bewusst setzen und altes Recht beseitigen zu können, (3.) die Abwesenheit überfamiliärer Herrschaftseinheiten mit eigenen, von der weltlichen Verbandsspitze unabhängigen Befehls- und Zwangsanwendungskompetenzen und (4.) der jeder anderen Verbindlichkeit vorangehende Gehorsam jedes Verbandsangehörigen gegenüber den "staatlichen" Rechtsregeln und Einzelakten[13].

Ein zweites Merkmal des Souveränitätsbegriffes ist, dass die Souveränität ihrem geschichtlichen Ursprunge nach eine politische Vorstellung war, die sich später zu einer juristischen verdichtet hat. Als eine politische Vorstellung hat sie die realen politischen Verhältnisse ausgedrückt, aber sie wollte und sollte auch der Weiterentwicklung des dargelegten Prozesses dienen und diesen stärken. Dies geschah in der Form, dass die Souveränität sich auch als rechtlicher Anspruch ausgestaltete: als rechtlicher Anspruch auf unbeschränkte und unbeschränkbare Gewalt, als rechtlicher Anspruch auf summa potestas. Dieser Anspruch entsprach niemals den Realitäten, er konnte sich niemals verwirklichen, aber die so verstandene Souveränität wurde in einigen juristischen Dokumenten, zumeist in Verfassungen und völkerrechtlichen Verträgen, festgehalten. Aus dieser Lage hat die Theorie Folgerungen gezogen und den Widerspruch zwischen Anspruch und Realität so gelöst, dass die Souveränität des Staates eine juristische Kategorie sei, der Staat juristisch unabhängig, seine Gewalt unbeschränkt und die höchste sei, faktisch ist sie es aber nicht. Diese Auffassung führte zur Theorie der Selbstbeschränkung oder Selbstverpflichtung des Staates. Die letzten Konsequenzen dieser Auffassung hat *Kelsen* mit der Lehre der Rechtssouveränität gezogen. Daraus ergab sich, dass die Souveränität als staatstheoretische Kategorie in den Hintergrund gedrängt wurde. Unter den heutigen Verhältnissen sollen diese staatstheoretischen Zusammenhänge der Souveränität wieder in den Vordergrund gerückt werden.

Ein drittes Merkmal des Souveränitätsbegriffes ist, dass sich darin die Eigenschaften des modernen Staates und die der absoluten Monarchie vermengt haben. Besonders vermengen sich zwei Fragen, diejenige nach der Staatssouveränität sowie die Frage nach der Organsouveränität, d.h. nach der Eigenschaft der Staatsgewalt und nach der Rechtsstellung der höchsten Staatsorgane. Diese Vermengung verursacht kein Problem in England, wo die konstitutionelle Monarchie mit dem Kompromiss King or Queen in Parliament zustande kam. Aber auf dem europäischen Kontinent war die konstitutionelle Monarchie durch die politischen Kämpfe zwischen den Fürsten und den Parlamenten charakterisiert und die Frage

---

[13] *Quaritsch*, Staat (Fn. 10), S. 506 f.

nach der Organsouveränität ist in den Vordergrund gerückt, was das richtige Verstehen des Wesens der Souveränität erschwerte. Nach *Jellinek* gilt: „den richtigen Weg hat … *Gerber* gewiesen, indem er erklärt, daß Souveränität nicht selbst Staatsgewalt sei, sondern nur eine Eigenschaft der vollkommenen Staatsgewalt bezeichne, und hinzufügt: Die Ausdrücke Fürstensouveränität, Volkssouveränität, Nationalsouveränität sind nur Stichworte für verschiedene politische Bestrebungen."[14] Diese theoretische Erkenntnis führt zu der Einsicht, dass – mit den Worten *Martin Krieles* – die verfassungsgebende Gewalt für den Verfassungsstaat die einzige souveräne Gewalt ist, die es gibt. Innerhalb des Verfassungsstaates gibt es keinen Souverän[15].

Eine andere Lösung, die volle Abstraktion von der Organsouveränität, hat eine andere Gefahr mit sich gebracht: die Gefahr der Entleerung des Souveränitätsbegriffes, wie *Hermann Heller* in seiner Kritik an *Kelsen* behauptet hat[16]. Die richtige Frage lautet also nicht, wer bzw. welches Organ der Souverän ist, sondern, ob und wie bzw. mit welchen Kompetenzen können die Organe des Staates die Staatsgewalt als Souverän, d.h. die Souveränität des Staates, ausüben. Eine weitere – hier nicht zu behandelnde – sich daran anschließende Frage ist, ob und wie die Kompetenzverteilung dem Prinzip der Volkssouveränität entspricht.

Ein viertes – umstrittenes – Merkmal des Souveränitätsbegriffes ist sein formaler Charakter. Hier ist allerdings nicht der Platz zu einer vertieften Auseinandersetzung mit dem formalen Charakter der Souveränität. Daher wird lediglich der hier vertretene Standpunkt umrissen. Ich gehe von der Feststellung *Jellineks* aus: „Aus dem Souveränitätsbegriff, der rein formaler Natur ist, folgt an sich gar nichts für den Inhalt der Staatsgewalt. Die Zuständigkeit des Staates ist eine geschichtlich wechselnde. Aller positive Inhalt der Staatsgewalt kann nur durch historische Forschung für eine bestimmte Epoche und einen bestimmten Staat festgelegt werden, wenn auch in jedem Zeitraum die Zuständigkeit der auf gleicher Kulturstufe stehenden Staaten, annähernd wenigstens, denselben Typus aufzuweisen pflegt. Gewisse Gebiete wird der Staat zwar stets besetzt halten, aber auch auf dem Felde der konstanten Zuständigkeiten wechseln dennoch Art und Umfang der staatlichen Kompetenz."[17] Das bedeutet, dass für die Souveränität des Staates nicht die Ausübung oder Übertragung der Kompetenzen bestimmend ist, sondern die Feststellung der Kompetenzen, d.h. die Kompetenz-Kompetenz.

Das schließt meiner Meinung nach nicht aus, dass Souveränität auch eine minimale Ausübung der staatlichen Kompetenzen voraussetzt. Anders gewendet: Ich meine, die These des formalen Charakters der Souveränität ist um die These der Minimalkompetenz zu ergänzen. Diese Minimalkompetenz soll – über die Kom-

---

[14] *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 1), S. 473 f.

[15] *Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre – Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 1981, S. 87.

[16] *Heller*, Souveränität (Fn. 5), S. 20 ff.

[17] *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 1), S. 485.

petenz-Kompetenz hinaus – das Monopol der legitimen physischen Gewaltausübung und den Vorrang der Gesetzgebung umfassen.

Eine fünfte, ebenfalls umstrittene Frage ist die nach der Möglichkeit nicht souveräner Staaten. Denn Souveränität ist die Eigenschaft der modernen Staatsgewalt. Meines Erachtens sind die vormodernen Staaten nicht souveräne Staaten, wenn sie überhaupt Staaten darstellten. Bezüglich der modernen Staatenwelt wird die Problematik behandelt als Frage nach der nicht souveränen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten eines Bundesstaates. Weil ich der These der Unteilbarkeit der Souveränität zuneige, nehme ich diesbezüglich die Möglichkeit nicht souveräner Staaten an. Eine andere Frage ist, ob es nützlich und zweckmäßig ist, auch den Bundesstaat und den Mitgliedstaat mit demselben Wort zu bezeichnen. Daraus folgt, dass die Möglichkeit nicht souveräner Staaten für die Zukunft nicht a priori ausgeschlossen werden darf.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass man bei der Untersuchung der Souveränität der Mitgliedstaaten der EU von den Eigenschaften der Staatsgewalt ausgehen sollte. Eine Staatsgewalt kann als souverän bezeichnet werden, wenn der Staat die stärkste, bestimmende, entscheidende und zugleich unableitbare, ursprüngliche Macht in seinem Territorium innehat und diese Stärke der Staatsmacht sich in der Kompetenz-Kompetenz, im Monopol der legitimen physischen Gewaltausübung und im Vorrang der Gesetzgebung ausdrückt.

Auf diesen Erkenntnissen aufbauend lässt sich die zweite, hier zu behandelnde Frage stellen: Wie beeinflusst die europäische Integration die Souveränität der Mitgliedstaaten der EU und worin äußert sich die Europäisierung der Souveränität?

Im Rahmen des vorliegenden Beitrages kann diese Fragestellung nicht ausführlich beantwortet werden, es können nur die Rahmen, Gesichtspunkte und hypothetischen Thesen einer Antwort umrissen werden.

Eine methodische Vorfrage lautet: Was verstehen wir unter Europäisierung?

Christoph Knill und *Daniela Winkler* unterscheiden die Begriffe der Europäisierung und der europäischen Integration. Unter Europäisierung verstehen sie die Auswirkungen der europäischen Integration auf rechtliche und politisch-administrative Strukturen in den Mitgliedstaaten. Der Begriff der europäischen Integration bezieht sich in diesem Konzept demgegenüber auf die europäische Ebene[18]. Diese Unterscheidung erscheint zweckmäßig.

Die Phänomene der europäischen Integration bilden Europäisierungsimpulse, die Phänomene der nationalstaatlichen Ebene bilden Europäisierungseffekte.

Bezüglich der Souveränität der Mitgliedstaaten sind solche Europäisierungseffekte relevant, die entweder das Monopol der legitimen physischen Gewaltausübung, die Festlegung der Kompetenzen oder den Vorrang der Gesetzgebung be-

[18] *Christoph Knill/Daniela Winkler*, Staatlichkeit und Europäisierung: Zur Abgrenzung und Systematisierung eines interdisziplinären Konzepts, in: Der Staat 2006, S. 215 (216 ff.).

rühren. Diese drei Zusammenhänge bilden also zunächst die relevanten Dimensionen für die vorliegende Fragestellung.

In der Dimension des Monopols der legitimen physischen Gewaltausübung sind noch keine neuen Erscheinungen ersichtlich, die die Staatsgewalt der Mitgliedstaaten so verändern würden, dass dies unter dem Gesichtspunkt der Souveränität bedeutend wäre.

In der Dimension der Kompetenz-Kompetenz ist die Staatsgewalt der Mitgliedstaaten im Prinzip auch noch heute souverän: Die EU und ihre Organe haben keine Kompetenz-Kompetenz, die Kompetenzen der EU sind abgeleiteter Natur. Doch lässt sich feststellen, dass diese Abgeleitetheit in der Praxis durch die ungeschriebenen Befugnisse (implied powers), den Art. 308 des EG-Vertrags und auch durch den Vertrag von Lissabon (sog. Reformvertrag) relativiert wird.

In der Dimension der Rechtssetzung ist die Staatsgewalt der Mitgliedstaaten schon heute in bedeutendem Maße verändert und beschränkt. Der Vorrang der Gesetzgebung wurde in einer Form eingeschränkt, die die Souveränität der Mitgliedstaaten berührt oder berühren kann. Diese Tendenz wird jedoch durch das europarechtliche Subsidiaritätsprinzip, durch die Verfassungsgerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten und auch dadurch abgemildert, dass das Verhältnis der europäischen und mitgliedstaatlichen Rechtssysteme nicht streng hierarchisch, sondern funktional geordnet ist.

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Veränderungen der Staatsgewalten der Mitgliedstaaten zwar deren Souveränität berühren, aber das kritische Maß noch nicht überschritten haben. Jedoch werden die geplanten, im Reformvertrag vorgesehenen Maßnahmen, vor allem die Erweiterung des Kreises der Mehrheitsentscheidungen, diese Tendenzen verstärken. Dies wird dazu führen, dass die Mitgliedstaaten ihre Souveränität zukünftig verlieren werden, was aber nicht bedeutet, dass die Souveränität auf die europäische Ebene überginge oder übertragen würde. Weil die Souveränität nur die Eigenschaft eines modernen Staates sein kann, kann es keine überstaatliche, europäische oder globale Souveränität geben.

Im Sinne *Heinhard Steigers* lassen sich die folgenden Thesen formulieren:

1. Das Zeitalter des Modells der souveränen Staaten ist zumindest in Europa, aber insoweit paradigmatisch, zu Ende.

2. Der nicht souveräne Staat bildet derzeit und wohl auch in der absehbaren Zukunft die primäre Form politisch-rechtlich organisierter Einheitsbildung.

3. Dieser primäre Staat steht in rechtlich organisierten Verhältnissen funktional bestimmter Komplementarität mit kooperativen und integrativen überstaatlichen Organisationen[19]

[19] *Heinhard Steiger*, Geht das Zeitalter des souveränen Staates zu Ende?, in: Der Staat 2002, S. 331 (332).

Verzeichnis der Teilnehmer am Deutsch-Ungarischen Kolloquium:

Prof. Dr. Martin Ahrens, Göttingen

Prof. Dr. Lászlo Burián, Budapest

PD Dr. Zoltán Csehi, Budapest

Prof. Dr. Volkmar Götz, Göttingen

Prof. Dr. Attila Harmathy, Budapest

PD Dr. Ines Härtel, Göttingen

Prof. Dr. Werner Heun, Göttingen

PD Dr. Mihály Kurucz, Budapest

Prof. Dr. Volker Lipp, Göttingen

Prof. Dr. Barna Mezey, Budapest

Dr. Krisztina Rozsnyai, LL.M., Budapest

Prof. Dr. Renate Schaub, Göttingen

PD Dr. Pál Sonnevend, Budapest

Prof. Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Prof. Dr. Péter Szilágyi, Budapest

PD Dr. István Varga, Budapest

Prof. Dr. Lajos Vékás, Budapest

Dr. Attila Vincze, Budapest

Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M., Göttingen

Die Europäisierung des Rechts in der Europäischen Union führt zu tiefgreifenden Veränderungen in den Rechtsordnungen ihrer Mitgliedsstaaten. Besondere Schwierigkeiten wirft sie für die Staaten Mittel- und Osteuropas auf, die der Europäischen Union erst seit kurzem beigetreten sind. Der vorliegende Band behandelt die Auswirkungen der Europäisierung auf die deutsche und die ungarische Rechtsordnung aus rechtshistorischer, zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Perspektive und lässt sie dadurch in ihrer Vielfalt plastisch hervortreten. Die Schwerpunkte der insgesamt 18 Beiträge liegen im Bereich der Rechtsgeschichte, des allgemeinen Zivilrechts, des Gesellschaftsrechts, des geistigen Eigentums, des Zivil- sowie des Verwaltungsprozessrechts, und erörtern auch die Problematik der Diskriminierungsverbote und schließlich die Souveränitätskonzeption.

Der Band versammelt die Vorträge des Deutsch-Ungarischen Kolloquiums der Juristischen Fakultäten der Universität Göttingen und der Eötvös Loránd Universität Budapest über die Europäisierung des Rechts, das im Oktober 2007 in Budapest stattfand. Dieses gemeinsame Kolloquium ist die jüngste Frucht der langjährigen Kooperation der beiden Fakultäten in Forschung und Lehre.

Band 5 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften"
Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



ISBN: 978-3-940344-45-8
ISSN: 1864-2128

Universitätsverlag Göttingen